

UNIVERSITÉ DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

CEBBAR TASDEMIR

DOCTEUR EN DROIT, DIPLOMÉ DE L'INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES
DIPLOMES D'ÉTAT DE DROIT PUBLIC, DE DROIT ROMAIN ET D'HISTOIRE DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

COMPARAISON
DES
PRINCIPES FONDAMENTAUX
DE LA SUCCESSION
EN DROIT MUSULMAN ET EN DROIT ROMAIN

THÈSE
DE DROIT ROMAIN ET D'HISTOIRE DE DROIT
présentée et soutenue le 27 Mars 1939, à 14 heures

MEMBRES DU JURY :

Président : M. PETOT, professeur;
Suffragants { M. NOAILLES, professeur;
 { M. LEVY-BRUHL, professeur.

PARIS
LIBRAIRIE GASTON SAFFROY, Editeur
4, RUE CLÉMENT (VI^e)

—
1939

COMPARAISON
DES
PRINCIPES FONDAMENTAUX
DE LA SUCCESSION
EN DROIT MUSULMAN ET EN DROIT ROMAIN

UNIVERSITÉ DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

CEBBAR TASDEMIR

DOCTEUR EN DROIT, DIPLOMÉ DE L'INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES
DIPLOMES D'ÉTAT DE DROIT PUBLIC, DE DROIT ROMAIN ET D'HISTOIRE DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

COMPARAISON
DES
PRINCIPES FONDAMENTAUX
DE LA SUCCESSION
EN DROIT MUSULMAN ET EN DROIT ROMAIN

THÈSE
DE DROIT ROMAIN ET D'HISTOIRE DE DROIT
présentée et soutenue le 27 Mars 1939, à 14 heures

MEMBRES DU JURY :

Président : M. PETOT, professeur;
Suffragants { M. NOAILLES, professeur;
 { M. LEVY-BRUHL, professeur.

PARIS
LIBRAIRIE GASTON SAFFROY, Editeur

4, RUE CLÉMENT (VI^e)

1939

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



*A mon père et à ma famille,
avec ma plus profonde reconnaissance.*

C. TASDEMIR.

INTRODUCTION

Une étude comparative des règles successorales romaines et islamiques peut au premier abord paraître quelque peu artificielle. Les peuples romains et arabes appartiennent à des époques bien différentes. Leur race, leur culture, leur morale sont trop éloignées les unes des autres pour sembler permettre une comparaison fructueuse.

Mais s'il en est ainsi lorsque l'on considère la civilisation et les institutions juridiques de l'époque classique romaine d'une part et de l'Islam de l'autre, les choses changent si l'on remonte à des époques plus reculées.

Pour celui qui essaie de reconstituer les grandes lignes des civilisations primitives, de la Rome antique antérieure à la loi des XII Tables, de l'Arabie avant l'avènement de l'Islamisme, des institutions, des coutumes et des mœurs vont apparaître qui, sur plus d'un point, présenteront les plus frappantes analogies.

Or, bien des institutions, bien des règles de droit régissant les peuples arrivés à leurs état de plein épanouissement, tirent leur origine, leur justification de ces anciennes coutumes, témoins d'une civilisation abolie mais dont l'écho résonne encore pendant des siècles dans la mémoire des peuples.

Cette méthode de recherches est devenue un instrument indispensable des études juridiques. Elle a donné notamment pour la reconstitution et l'explication de l'œuvre juridique

romaine des résultats considérables. M. le professeur Noailles s'en est servi avec un rare bonheur dans l'étude qu'il a entreprise des principes successoraux du droit romain¹. Remontant aussi loin que les sources le permettent dans le passé de la civilisation romaine, le savant professeur nous fournit des explications ingénieuses et parfaitement rationnelles des règles successorales les plus obscures et les plus singulières du droit romain classique. — Suivant en cela la conception de Bonfante mais en lui apportant de nombreuses précisions et en lui donnant de nouveaux points d'appui. M. Noailles nous montre que la plupart des principes fondamentaux du droit successoral classique s'expliquent par l'existence à l'époque des origines d'un système de transmission à cause de mort dont la base était la transmission de l'autorité du chef de la gens : c'est la théorie du testament acte de souveraineté.

Profitant de ces enseignements, nous nous sommes demandé si cette même méthode ne serait pas d'un grand secours pour l'étude des règles successorales du droit musulman. En cela nous essayons de rompre avec une tradition doctrinale qui se refuse d'une façon presque absolue de tenir compte pour expliquer les règles de droit islamiques de tout le passé païen de l'Arabie. — Dans leur zèle, les docteurs et juristes musulmans ignorent volontairement les institutions et les coutumes de l'Arabie d'avant Mahomed. L'Islam est pour eux le commencement d'une ère absolument nouvelle et les principes du Coran leur semblent suffisamment justifiés par le caractère divin du livre révélé.

Mais pour celui qui aborde l'étude de ces principes d'un point de vue juridique critique et en faisant abstraction de leur nature divine, bien des choses restent parfaitement incom-

1. Noailles. Cours de droit romain approfondi, 1935-1936.

préhensibles dans les versets coraniques contenant des règles de droit. — Il en est spécialement ainsi du droit successoral — le « FERAID », — D'où vient l'énigmatique division des héritiers en FARDS et ACEBS; comment expliquer le rejet par l'Islam de l'idée de continuation par l'héritier de la personne du défunt; quelle est en droit musulman la nature exacte du testament qui, tout en étant un acte moralement et religieusement obligatoire, ne peut contenir une institution d'héritier; et une foule d'autres questions restent le plus souvent sans réponse satisfaisante.

Sans ignorer la grande difficulté de notre tâche nous avons essayé d'adopter en présence de ces problèmes une attitude nouvelle inspirée de la méthode historique et critique. Nous croyons qu'il est indispensable, pour comprendre les institutions arabes et l'esprit des réformes coraniques, de ne pas ignorer les vieilles coutumes de La Mecque et de Médine, de se rendre un compte aussi exact que possible de l'état social, économique et moral de la péninsule avant l'avènement de Mahomed.

La matière successorale nous a paru particulièrement indiquée pour cet essai. Nulle autre partie du droit n'est plus intimement liée à la constitution sociale d'un peuple. Le droit de la famille et le régime des biens conditionnent les principes successoraux. Or, nulle part plus qu'en ces matières les peuples ne se montrent plus attachés à leurs traditions ancestrales. — Certes, Mahomed a voulu porter le fer rouge dans ces vieilles coutumes qu'il rendait responsables de l'état anarchique de l'Arabie. La forte cohésion familiale, la solidarité qui animait les membres des tribus, n'étaient obtenues qu'au détriment de l'unité politique et morale de la péninsule. Le prophète a voulu détruire cet esprit, libérer l'individu du cadre de la famille ou de la tribu, créer l'unité arabe autour

de la foi nouvelle. — Mais cette étude montrera toutes les difficultés et toutes les résistances qu'il rencontra dans cette voie.

Quoiqu'il en soit le fait de remonter aussi souvent qu'il nous sera possible à l'époque préislamique — Djahiliyye (époque d'ignorance) — nous permettra, en situant les règles coraniques dans leur milieu historique, d'en comprendre le sens et la portée.

Et c'est justement l'étude des institutions de l'Arabie païenne qui nous a révélé une grande analogie avec les vieilles institutions romaines. La constitution de la famille, la base de la parenté, la nature de la puissance du chef présentent chez les deux peuples une telle ressemblance qu'il est tout naturel de penser que leurs systèmes juridiques soient sur bien des points analogues.

Cette constatation faite, nous avons considéré qu'une étude comparative du droit successoral romain et arabe présenterait le double intérêt suivant :

Le rapprochement avec le droit romain nous permettra de donner un cadre précis à l'exposé des règles successorales arabes que les juristes musulmans présentent sans aucun ordre et sans aucune clarté.

En outre, la comparaison des deux systèmes nous fournira souvent des arguments d'analogie et nous aidera à donner la réponse à maintes questions controversées. Ainsi, par exemple l'hypothèse du testament souverain en droit romain se trouvera renforcée, croyons-nous, par le rapprochement avec les règles testamentaires préislamiques. Nous citerons à ce sujet de multiples faits historiques destinés à donner une confirmation directe aux constructions rationnelles des auteurs.

Nous montrerons aussi — sans insister trop longuement — quelles sont les raisons pour lesquelles les deux systèmes

juridiques et sociaux autrefois semblables ont pris à partir d'un certain moment des chemins divergents. — Nous verrons comment la modification de la structure de la famille, du régime de la propriété et de l'organisation de l'Etat, ont entraîné une profonde transformation de la notion d'hérédité.

Tels sont les buts et la méthode que nous suivrons dans cette étude.

Nos plus longs développements concerneront tout naturellement le droit islamique et préislamique. Quant aux institutions romaines nous n'en parlerons que dans la mesure où il sera nécessaire pour établir notre comparaison. Par conséquent, nous considérerons la plupart du temps l'ancien droit civil antérieur ou contemporain à la loi des XII Tables.

Pour le droit musulman nous nous référerons aux doctrines de tous les rites, quelles que soient leurs tendances. Mais nous nous attacherons plus spécialement au rite Maléki, qui était influencé dans une large mesure par la coutume médinoise. Nous ne négligerons pas non plus le rite chiïte qui a la prétention de représenter le véritable dogme islamique.

D'autre part nous tiendrons compte, en dehors des textes coraniques, de la tradition prophétique contenue dans ses HADITHS (paroles rapportées par la tradition orale) et de ses SUNNET (usages).

Nous nous rapporterons aussi à la doctrine des Grands docteurs de l'Islam — les MUDJEHIDS — tout en faisant observer que leur rôle ne peut être comparé à celui des prêtres romains. Ces derniers ont fourni un effort considérable pour adapter le vieux droit civil aux nécessités sociales et économiques nouvelles; au contraire les juristes islamiques

n'ont pas le même pouvoir d'interprétation, les textes sacrés ayant un caractère immuable.

Nous avons divisé cette étude en deux parties respectivement consacrées à la succession légale ou ab intestat et à la succession testamentaire. — Mais pour la bonne compréhension des règles de droit en cette matière, nous avons cru nécessaire de décrire rapidement tout d'abord les institutions familiales, la gens et la tribu, leur structure, leur organisation et leur évolution. Ce sera l'objet de notre introduction.

SECTION I

LA FAMILLE

GÉNÉRALITÉS. — HISTORIQUE.

L'ethnographie nous montre une évolution régulière des sociétés humaines. en plusieurs étapes : l'anarchie, le clan familial, la tribu, la cité. Le clan familial se rencontre à l'origine de l'évolution de tous les peuples et semble bien être un stade nécessaire.

Nous ne partageons pas l'avis de M. Paul GIDE¹ qui croit que « la famille n'a été constituée que le jour où les peuples renonçant à la vie nomade, ont commencé à cultiver les terres et à fonder les cités ». Nous croyons au contraire que chez les tribus primitives, qui n'ont aucune autre attache fixe que le chariot ou, comme chez les tribus sémites, la tente, la famille a pu très bien exister. L'attachement au sol et la construction des maisons ne sont possibles que sur des terres fertiles et jouissant d'une certaine sécurité. Les premières familles peuvent bien avoir vécu en état de continuel déplacement. Il existe encore actuellement à la frontière de l'Iran et de l'Afghanistan, des familles et des tribus qui sont en état de déplacement permanent.

La famille à l'époque historique est un groupe fermé qui protège ses membres contre tous les dangers qui pourraient les

1. Etude sur la condition privée de la femme, p. 196.

menacer. Dès son apparition la famille doit pourvoir aux besoins économiques, sociaux et moraux de ses membres et, par conséquent, exercer une fonction à la fois politique, administrative et religieuse.

A l'époque à laquelle nous nous plaçons le pouvoir public n'existe pas encore. Alors la famille est la seule unité constituée et elle est tout. En dehors d'elle l'individu n'existe pas. Il doit s'attacher à une famille pour trouver un abri. Puis, lorsque la société se développera le rôle politique et social de la famille tendra à se restreindre.

§ 1. — LE MATRIARCAT.

Quelles étaient les bases des familles romaines et préislamiques? tel est le premier point de cette étude.

Aucun historien et aucun document ne nous apporte le témoignage de l'existence à Rome d'un état de promiscuité primitif, comparable à celui dont nous parle STRABON, cité par M. MAURAND. D'après cet auteur, les Arabes de son temps vivaient dans un état de promiscuité complète, pratiquant la communauté des femmes comme celle des biens¹.

De toute évidence, pareille pratique ne peut aboutir qu'à un régime familial *matriarcal*, régime qui tient compte du seul fait de l'accouchement : « c'est le ventre qui tient l'enfant » dit *Benhazera*. Dans ce système il n'y a de parenté qu'entre la mère et ses enfants².

Bien que le système familial romain et musulman ait été celui du *patriarcat*, nous croyons qu'à une époque antérieure, plus ou moins ancienne, *le matriarcat a dominé aussi bien à*

1. Marcel Maurand. Traité de droit musulman algérien, p. 13.

2. El-jundi. Protection des mineurs en Droit musulman. Thèse, p. 10.

Rome qu'en Arabie préislamique. Par là seulement pourraient s'expliquer certaines survivances romaines ainsi que certaines dispositions des lois musulmanes :

M. GIFFARD¹ nous apprend que « d'après les documents « magiques qui ont été conservés, nous voyons que l'homme « prend comme nom, non pas le nom de son père, mais celui « de sa mère. »

Il n'est pas difficile de trouver en Arabie préislamique aussi non seulement des hommes, mais aussi des tribus ou des villes, portant un nom de femme².

Tout ceci nous autorise à penser que l'ancienne Rome et l'Arabie préislamique ont eu comme régime familial le matriarcat. Mais la durée de cette forme sociale n'a pas été la même chez les deux peuples. Tandis qu'à Rome, ce régime a complètement disparu avant même la loi des XII Tables, il a encore longtemps subsisté en Arabie. Sa disparition n'y a été signalée qu'à partir du III^e ou IV^e siècle de *l'ère chrétienne*. Malgré sa disparition, la matriarcat laissa de nombreux vestiges dans la législation islamique; certaines dispositions du *Coran* demeurent difficilement compréhensibles si l'on ne tient pas compte de ces survivances.

Une particularité de la législation musulmane a tout d'abord frappé certains auteurs. C'est ce qu'on appelle « la parenté de lait » (laquelle n'a jamais existé en droit romain). Le lait donné par une femme à un enfant autre que le sien — déclare *Ibrahim Halebi*³ — établit entre eux une parenté aussi sacrée que celle du sang.

M. MAURAND en conclut que la parenté établie par le fait de l'allaitement n'est autre chose qu'une survivance de l'époque

1. Cour professé par M. Giffard, 1937-1938, p. 273.

2. Cf. Paul Gide, op. cit. p. 24.

3. Halebi. Trad. Perroux, tome III, p. 122.

où la filiation maternelle était la source normale de la parenté¹.

Tout en admettant l'existence du régime matriarcal à l'époque préislamique, nous croyons que l'explication de cette parenté par l'allaitement doit être cherchée dans un autre ordre d'idées. Il faut y voir l'influence de certaines circonstances de la vie du prophète. Jusqu'à l'âge de quatre ans Mohamed fut allaité par une femme nommée *Halimé* qui appartenait à la tribu *Beni Saad*. Nous croyons donc que la disposition coranique reflète un sentiment de reconnaissance du prophète. La législation islamique comporte de multiples dispositions de ce genre. Du temps de *Mohamed*, et même avant lui, les familles riches et aristocratiques donnaient leurs enfants aux femmes paysannes qui pratiquaient comme métier l'allaitement des enfants.

En somme l'enfant allaité par une femme autre que la mère était considéré par le CORAN comme né de celle-ci et rentrait par là dans la famille de la nourrice. C'est pourquoi le mariage est interdit entre cet enfant et celui de sa nourrice et cette interdiction s'étend aussi aux proches parents de la femme et de l'enfant allaité.

En résumé, cette parenté particulière que connaît la loi musulmane est inspirée par la vie de Mohamed et l'usage des familles Kouraychites² et ne doit pas par conséquent être rattachée au régime matriarcal préislamique.

Mais une autre disposition nous autorise à penser qu'à une époque antérieure à l'Islam, selon nous au IV^e siècle de l'ère chrétienne, en Arabie, la véritable parenté n'était fondée que par les femmes. *Haul*, dans son célèbre ouvrage³ nous relate

1. M. Maurand, op. cit., p. 44.

2. La tribu de Kourayche est la plus grande tribu de la Mecque. Ses membres se considèrent comme les descendants directs d'Ismaël, fils d'Abraham.

3. Traduction Perrout tome 3, pp. 459-460.

la règle selon laquelle, en cas de divorce ou de répudiation de la femme, les enfants en bas âge doivent être gardés « *Had Hant* » par leurs mères. Et *Haleby* ainsi que le célèbre disciple d'*Abou Hanifa*¹, *Imam Youssóf* nous révèle le trait caractéristique de cette disposition du *Coran* : à défaut de la mère, ce droit de garde est attribué aux femmes de la ligne maternelle et non pas de la ligne paternelle. Pourquoi cette prérogative des femmes de la ligne maternelle? Nous croyons qu'il faut y voir une survivance du régime matriarcal.

Voici maintenant un autre fait à l'appui de notre thèse, fait qui n'a jamais été signalé par les connaisseurs du droit musulman. Il existe dans le rite musulman une particularité extrêmement intéressante en ce qui concerne la preuve de la filiation : un croyant étant mis au tombeau, l'*Iman*² chargé de célébrer la cérémonie d'inhumation, doit faire une allocution de livraison à l'autre monde. C'est précisément dans les termes de cette allocution que nous trouvons le témoignage le plus précieux quant à l'existence du régime patriarcal préislamique. L'*Iman*, en faisant une sorte d'absolution au nom du défunt, doit citer non pas le nom du père du défunt, mais le nom de sa mère.

La plupart des juristes musulmans s'efforcent d'expliquer cette particularité qui va à l'encontre de l'esprit de la législation islamique dans laquelle la famille est agnatique. Ils soutiennent que la filiation du père ne peut jamais être prouvée, qu'il peut y avoir bien des doutes, tandis que la filiation maternelle est un fait des plus évidents. A notre avis cette citation du nom de la mère du défunt est en parfaite harmonie avec les principes qui existaient avant Mohamed.

1. Le chef de l'école Hanéfy.

2. Le curé paroissial est en même temps chargé du service de la Mosquée.

CONDITION SOCIALE ET JURIDIQUE DE LA FEMME

L'existence du matriarcat à l'époque préislamique est d'autre part confirmée selon nous par l'importance du rôle social et juridique que la femme jouait à cette époque. Nous voudrions rapporter quelques faits qui datent d'une époque très reculée et qui nous montrent que la condition de la femme préislamique était bien différente de celle que la plupart des auteurs nous décrivent. Nous pensons comme le déclare M. MERCIER¹ que « l'époque préislamique est celle de la gloire de la femme arabe ». Et nous ne croyons pas — contrairement à ce que l'on a soutenu quelquefois — que la condition de la femme variait en Arabie préislamique selon les villes et les régions.

Le professeur *Mahmout Essat*², qui était l'une des autorités les plus connues en notre matière et qui a enseigné pendant longtemps le droit islamique dans l'ancienne université de *Stamboul*, nous rapporte le témoignage suivant de *Ibni Hal-doun* et *Elgazali* qui sont également des autorités très respectées dans tout l'*Islam* :

Au premier siècle de l'ère chrétienne, *Omer Benizarb Beni Hussan* était le roi, ou tout au moins le chef, de la tribu « Euphrate » qui appartenait à la tribu « Euralikat ». — Omer rentra en guerre contre *Hadimet*. Pendant cette guerre, Omer a été tué et sa fille *Naïlé* l'a remplacé comme souveraine.

Voici un autre exemple cité également par le professeur *Mahmout Essat* se référant aux historiens arabes : « En 270

1. La femme arabe en Afrique septentrionale, p. 8.

2. Histoire de l'Islame, pp. 222-224 et suiv.

de *l'ère chrétienne*, un roi qui régnait dans la région entre Alep et Damas, *Tademmur*, ainsi appelé par les chroniqueurs arabes, a été tué dans une bataille avec les Grecs et lui aussi fut remplacé par sa femme nommée *Zeynep*. »

Un troisième exemple, donné par le même auteur, nous montre aussi l'influence de la femme à cette époque. Le roi de *Hayret*, *Mounzour*, a pris le nom de sa mère, connue pour sa beauté : on l'appelait *Mounzour Ben Maissema*, *le fils de Maissema* « *l'eau du ciel* ». Il faut noter sur ce point une similitude frappante entre la coutume préislamique et le régime familial romain qui a laissé également des traces nous permettant de penser que les hommes portaient le nom de leurs mères.

Les différents faits que nous venons d'exposer sont pour notre thèse suffisamment probants. Qu'il nous soit permis cependant d'en indiquer d'autres qui nous montreront le rôle prépondérant de la femme dans la famille à l'époque préislamique, tout au moins jusqu'au *iv^e* siècle de *l'ère chrétienne*.

Les coutumes de l'Arabie préislamique autorisaient les femmes à prendre l'engagement de vivre avec un ou plusieurs hommes pendant un certain laps de temps¹. Les enfants nés d'un engagement temporaire de ce genre ne pouvaient évidemment être rattachés qu'à leur mère. Le rite chiite a admis cet engagement temporaire des femmes. Mais cette coutume existait certainement en Arabie comme le prouve l'épisode suivant :

Les Arabes ne paraissaient guère disposés à embrasser l'Islamisme. Ils ne manquaient aucune occasion de nuire aux nouveaux convertis et à leur prophète. Beaucoup d'entre eux ne

1. M. Marçais. Parents alliés successibles en droit musulman, p. 43 et Wilckend, pp. 26 et 56.

pouvant plus supporter les injures des païens, émigrèrent en Abyssinie qui était devenue chrétienne. Mais les *Kouraychites*, décidés à supprimer complètement la religion musulmane, envoyèrent une délégation auprès du roi d'Abyssinie pour demander la livraison des musulmans. Le roi d'Abyssinie n'ayant pas voulu faire droit à cette revendication sans entendre les musulmans, fit appeler à son audience leur chef *Djafer-Tayyar*, frère du quatrième *calife Ali*, pour le mettre en présence de la délégation *mecquoise*. C'est alors qu'eut lieu un véritable duel oratoire qui nous révèle les traits caractéristiques de la morale et des usages à l'époque préislamique.

Le chef des Musulmans déclare à la fin de sa défense : « Eux, c'est-à-dire les Mecquois, pratiquent le jeu, et la prostitution ; ils tuent les enfants nouveaux-nés, ils contractent mariage avec les deux sœurs et leurs femmes se marient à la fois avec quatre ou cinq hommes¹. »

Telles apparaissent, d'après la plainte du chef musulman, les coutumes préislamiques en Arabie. Mais une part d'exagération doit y exister certainement, le chef des musulmans étant bien obligé de condamner la coutume Mecquoise, celle-ci étant contraire aux principes du christianisme et islamisme.

Les quatre principaux rites musulmans n'ont pas connu cette pratique du mariage des femmes pour un certain temps. Mais le rite *chiïte*² a admis de telles unions temporaires, tout en restant dans les limites tracées par le Coran relatives aux droits des femmes et des enfants nés de cette union. Il est certain que de tels usages étaient encore valables même au temps de *Mohamed*³. Cependant à mesure que l'on avance

1. Lutfllulah. La vie de Mohamed et les principes généraux d'Islam, p. 96.

2. Recueil des lois concernant les musulmans chiïtes, t. I, p. 689.

3. M. Dugat. Histoires des philosophes et théologiens musulmans, pp. 401-102.

vers l'époque du premier et du deuxième calife, ces mariages temporaires deviennent moins fréquents et *Omer*¹ doit les abolir complètement.

Quant à la famille romaine il faut noter que les deux formes de mariages connues *sine manu* et *cum manu* n'ont aucune parenté avec le mariage temporaire préislamique.

§ 2. — LE PATRIARCAT.

La famille préislamique du type matriarcal a subi une transformation plus ou moins absolue pour aboutir finalement au patriarcat, seule forme connue par la société musulmane.

Il serait fort intéressant de chercher les causes qui ont déterminé cette transformation, grâce à laquelle l'homme devait acquérir en Arabie une souveraineté domestique presque illimitée.

Ces causes sont évidemment multiples, mais la principale à notre avis, réside dans les formes mêmes du mariage chez les arabes. Ces formes, encore pratiquées de nos jours, étaient *l'achat, la capture, l'échange*. Or ce sont là en même temps des opérations par lesquelles l'on devient propriétaire d'objets matériels quelconques. Une confusion s'est fatalement produite entre la qualité de mari et celle de maître, de propriétaire, l'acte par lequel on devenait l'un ou l'autre ayant la même nature juridique. Cependant nous verrons plus loin que la situation sociale de la femme arabe était meilleure que sa situation juridique.

A Rome aussi, une situation semblable a existé. L'acqui-

1. Après Mohamed, Ebou Bekr devient premier calife et après sa mort, Omer le remplace comme deuxième calife.

sition de la puissance maritale par l'*usus* avait la plus grande analogie avec l'acquisition de la propriété par la possession¹.

La substitution du patriarcat au matriarcat à l'époque préislamique est due aussi vraisemblablement aux influences étrangères qui agissaient en Arabie. L'influence de la civilisation *gréco-romaine* tient à cet égard une place prépondérante, car les villes arabes, spécialement *La Mecque* et *Médine* se trouvaient dans le cercle d'action des Grecs et des Romains².

Il serait intéressant maintenant d'essayer de déterminer

1. El Boukhari nous fait savoir dans son livre « l'histoire de l'époque préislamique » qu'il existait à l'époque d'ignorance trois formes de mariage :

1^o Le mariage conclu par une demande de l'homme au père ou aux oncles de la femme et un arrangement relatif à la dot.

2^o Après cohabitation de l'homme et de la femme lorsque celle-ci restait enceinte et que sa grossesse se manifestait, l'homme reprenait les relations conjugales avec sa femme. Ce mariage n'avait d'autre but que d'obtenir sûrement des enfants mâles.

3^o Une femme se marie avec plusieurs hommes. Si un enfant naissait elle appelait ses maris et disait : « cet enfant est à vous, l'un de vous doit lui donner son nom ». Il semble donc que c'est par une libre entente entre la mère et ses maris qu'était réglée — la question de la paternité. — Sur ce point nous ne partageons pas l'avis d'El Boukhari. Les Arabes à l'époque préislamique avaient le plus grand souci de protection des enfants mâles. Ils ne pouvaient laisser la réglementation de la question de la paternité au bon vouloir de la femme et de ses maris. Sans doute cette question était-elle tranchée grâce à la médiation d'un magicien en théologie (Kâhine) qui vivait généralement retiré dans un monastère. Ceux-ci avaient une influence énorme dans toute l'Arabie. Ce sont eux qui ont reconnu Mohamed, quand celui-ci n'était pas encore investi de la mission prophétique.

2. Nous ne partageons pas l'opinion de M. Kâzim (Droit de succession ab intestat en Turquie. Thèse Lausanne 1902, p. 14) selon laquelle « les populations rurales demeurées en dehors de l'influence étrangère vivaient isolées ». Il ne faut pas oublier, en effet, que malgré les dangers et l'insécurité qui régnaient dans toute l'Arabie, les nomades et les paysans étaient constamment en rapport avec les grandes villes pour échanger leurs produits et se procurer les objets dont ils avaient besoin. On ne peut donc prétendre qu'il existait en Arabie une différence économique très poussée entre les sédentaires et les nomades. Nous reparlerons de cela plus longuement dans le chapitre suivant.

à quelle époque la famille du type matriarcal a disparu pour faire place à la famille patriarcale.

A Rome, l'existence du régime agnatique est certaine pour l'époque historique. Les textes et les documents les plus variés où les mots *Agnatus*, *Pater familias*, etc... sont souvent employés, ne permettent aucun doute à cet égard.

Au contraire pour l'« époque d'ignorance » de l'Arabie préislamique nous n'avons rien de sûr et de satisfaisant. Nous en sommes réduits donc à des présomptions et des hypothèses présentant quelque vraisemblance.

Ouvrons ici une parenthèse pour dire quelques mots de cette absence de sources pour ce qui concerne l'époque préislamique.

Désireux de couper court avec l'« époque d'ignorance » et voulant instaurer une *ère nouvelle*, l'*Islam* a voulu anéantir toutes les institutions susceptibles d'évoquer l'époque païenne. Mohamed et ses quatre grands vicaires n'ont pas hésité, pour pouvoir atteindre leur but, à porter un coup mortel aux institutions de leurs ancêtres.

Les Arabes païens étaient généralement illettrés. Cela explique déjà la rareté des documents. Mais ceux-là même qui avaient pu exister avaient été détruits à la prise de la Mecque par les Musulmans, car ceux-ci étaient les ennemis jurés des dieux et des déesses *Kouraychites* qui étaient à *Kaaba*¹.

En outre les auteurs musulmans ont montré de la répugnance à étudier les coutumes et usages de l'époque païenne. Ils condamnent systématiquement les principes sur lesquels reposait la société préislamique. Nous n'avons donc qu'une

1. On sait que c'est à l'époque du Kalife Omar que l'on a incendié la Bibliothèque d'Alexandrie, monument du génie et de la science gréco-romaine.

filles de nos filles sont les fils d'étrangères ». La femme et ses enfants étaient absolument étrangers à la famille du mari, comme à Rome sous le mariage *sine manu*.

CONDITION SOCIALE ET JURIDIQUE DE LA FEMME SOUS LE RÉGIME DU PATRIARCAT

La substitution du patriarcat au régime matriarcal entraîne un changement radical dans la condition de la femme arabe. Elle devient dans ce régime une partie du patrimoine du mari. Les pouvoirs de celui-ci étant absolus, il pouvait répudier sa femme comme bon lui semblait. D'autre part, il ne faut pas oublier que souvent le mariage se faisait par l'achat ; le mari payait le « *mahre* » à la famille de la femme. C'est pourquoi à la mort du mari, la femme restait toujours dans la famille pour se remarier avec le frère ou le fils du défunt.

A ce sujet M. MAURAND¹ nous relate un autre fait curieux : *Amina* était la femme de *Ommiah*. Après la mort de ce dernier elle épousa Abou Amrou, le fils de son mari. L'existence de telles unions est attestée aussi par le *Coran*. On lit dans le *Soura Ennisa verset 4* : « Il est interdit de recueillir les femmes à titre de succession contre leur consentement. »

Un autre indice de la condition inférieure de la femme arabe est le fait que la naissance d'une fille était considérée comme un grand malheur et que, fréquemment, cette dernière était mise à mort².

L'idée que les filles constituent un élément de faiblesse se rencontre même aujourd'hui dans certaines régions d'Arabie et parmi les tribus *Kourt*. Nous croyons que cette idée trouve

1. M. Maurand. Le Droit Musulman algérien, p. 41.

2. V. Caussin de Perceval. Tome I, p. 351-352.

sa justification dans la structure sociale et économique des pays en question. L'homme seul est un élément de richesse et de force, puisqu'il apporte le butin et que lui seul porte les armes. Cela est d'autant plus vrai que si l'on se place à une époque où la seule autorité concevable est celle du chef de la tribu, où il n'existe aucun autre pouvoir qui puisse établir l'ordre et protéger l'individu. Il faut tenir compte aussi des conditions géographiques de l'Arabie : c'est un immense désert brûlant sous le soleil. Comment peut-on y établir facilement la sécurité?

Tout ce que nous venons de dire nous montre la femme arabe, tout au moins après l'avènement du patriarcat, comme étant dans une position très inférieure et ne jouissant par conséquent d'aucun droit. Nous croyons cependant qu'il y a une part d'exagération dans ces conclusions. Malgré l'autorité des auteurs cités, nous nous permettrons d'avoir sur cette question une opinion quelque peu différente :

En effet, malgré la faiblesse de son sexe, la femme arabe constitue par ailleurs un élément de richesse pour ces pays dans lesquels on pratique le mariage par achat et par capture¹. Le mariage par capture doit aboutir au mariage par achat, car le ravisseur ne pourra pas toujours vivre en état d'hostilité avec la famille de sa femme : il devra un jour composer avec elle.

Pour juger la condition véritable de la femme arabe il faut aussi tenir compte du tempérament arabe du climat de l'Arabie.

Ces considérations nous permettent de penser que la condition de la femme arabe était supérieure à ce qu'on l'on dit en général².

1. Le mariage par capture existait aussi chez les tribus de l'Iran et de l'Asie centrale. Il est très fréquent surtout parmi les Kabiles Kourts.

2. V. aussi Mercier? Nous trouvons un précieux appui à cette manière de

filis de nos filles sont les filis d'étrangères ». La femme et ses enfants étaient absolument étrangers à la famille du mari, comme à Rome sous le mariage *sine manu*.

CONDITION SOCIALE ET JURIDIQUE DE LA FEMME SOUS LE RÉGIME DU PATRIARCAT

La substitution du patriarcat au régime matriarcal entraîne un changement radical dans la condition de la femme arabe. Elle devient dans ce régime une partie du patrimoine du mari. Les pouvoirs de celui-ci étant absolus, il pouvait répudier sa femme comme bon lui semblait. D'autre part, il ne faut pas oublier que souvent le mariage se faisait par l'achat ; le mari payait le « *mahre* » à la famille de la femme. C'est pourquoi à la mort du mari, la femme restait toujours dans la famille pour se remarier avec le frère ou le fils du défunt.

A ce sujet M. MAURAND¹ nous relate un autre fait curieux : *Amina* était la femme de *Ommiah*. Après la mort de ce dernier elle épousa Abou Amrou, le fils de son mari. L'existence de telles unions est attestée aussi par le *Coran*. On lit dans le *Soura Ennisa verset 4* : « Il est interdit de recueillir les femmes à titre de succession contre leur consentement. »

Un autre indice de la condition inférieure de la femme arabe est le fait que la naissance d'une fille était considérée comme un grand malheur et que, fréquemment, cette dernière était mise à mort².

L'idée que les filles constituent un élément de faiblesse se rencontre même aujourd'hui dans certaines régions d'Arabie et parmi les tribus *Kourt*. Nous croyons que cette idée trouve

1. M. Maurand. Le Droit Musulman algérien, p. 41.

2. V. Caussin de Perceval. Tome I, p. 351-352.

sa justification dans la structure sociale et économique des pays en question. L'homme seul est un élément de richesse et de force, puisqu'il apporte le butin et que lui seul porte les armes. Cela est d'autant plus vrai que si l'on se place à une époque où la seule autorité concevable est celle du chef de la tribu, où il n'existe aucun autre pouvoir qui puisse établir l'ordre et protéger l'individu. Il faut tenir compte aussi des conditions géographiques de l'Arabie : c'est un immense désert brûlant sous le soleil. Comment peut-on y établir facilement la sécurité?

Tout ce que nous venons de dire nous montre la femme arabe, tout au moins après l'avènement du patriarcat, comme étant dans une position très inférieure et ne jouissant par conséquent d'aucun droit. Nous croyons cependant qu'il y a une part d'exagération dans ces conclusions. Malgré l'autorité des auteurs cités, nous nous permettrons d'avoir sur cette question une opinion quelque peu différente :

En effet, malgré la faiblesse de son sexe, la femme arabe constitue par ailleurs un élément de richesse pour ces pays dans lesquels on pratique le mariage par achat et par capture¹. Le mariage par capture doit aboutir au mariage par achat, car le ravisseur ne pourra pas toujours vivre en état d'hostilité avec la famille de sa femme ; il devra un jour composer avec elle.

Pour juger la condition véritable de la femme arabe il faut aussi tenir compte du tempérament arabe du climat de l'Arabie.

Ces considérations nous permettent de penser que la condition de la femme arabe était supérieure à ce qu'on l'on dit en général².

1. Le mariage par capture existait aussi chez les tribus de l'Iran et de l'Asie centrale. Il est très fréquent surtout parmi les Kabiles Kourts.

2. V. aussi Mercier ? Nous trouvons un précieux appui à cette manière de

Quant à la femme romaine sa situation est bien différente de celle de la femme arabe. La différence des conditions de l'homme et de la femme à Rome est bien moins marquée qu'en Arabie préislamique et islamique. Notamment, tant que vivait le paterfamilias sa puissance pesait d'un poids égal sur les enfants, fils ou filles. Ce n'est qu'avec la disparition du paterfamilias qu'une différence de régime juridique se manifeste entre les deux sexes. En Arabie, au contraire, sous la puissance du chef de famille, la situation juridique des deux sexes était sensiblement différente.

§ 3. — PRINCIPAUX TRAITS DE L'ORGANISATION FAMILIALE ROMAINE ET ARABE.

Après avoir étudié le rôle juridique social de la femme dans les familles romaines et arabes, il nous faut maintenant, pour donner une idée d'ensemble de l'organisation familiale chez les deux peuples, indiquer rapidement quelques autres traits caractéristiques :

Un premier point est intéressant à mentionner : à Rome, le mot paterfamilias n'implique pas nécessairement une idée de génération. Celle-ci est désignée par le mot *Genitor*. Chez les Arabes pareille différence d'appellation n'existe pas. Les mots *Ab*, *Abou*, *Abi* indiquent aussi bien la procréation que l'autorité.

Ceci dit, il faut noter qu'aussi bien à Rome qu'en Arabie préislamique, la parenté ne repose pas sur le lien naturel, mais sur l'autorité du chef de famille. En Arabie, ceux qui sont sou-

voir dans l'ouvrage de M. Perraut : « La femme arabe avant l'Islam » (pp. 1 et 2) qui écrit : « la situation de la femme arabe au point de vue intellectuel et moral était toute différente, malgré son infériorité légale. »

mis à l'autorité du père sont parents entre eux, ils étaient appelés *Acebs* et leur ensemble constituait l'*Akila*¹. Tous les descendants, quel que soit leur âge, font partie de la famille, règle identique à celle de la famille agnatique romaine.

L'émancipation. — A Rome, le paterfamilias, pouvait exclure, par voie d'émancipation, certains membres de la famille. Cette exclusion se caractérise, pour l'enfant émancipé par une privation complète des droits qu'il aurait pu espérer avoir après la mort du paterfamilias. Cette mesure d'exclusion avait donc un caractère de pénalité. Mais l'on sait qu'avec le temps l'émancipation devint pour l'enfant une mesure de faveur.

L'existence d'une institution comparable à l'émancipation n'est pas signalée pour l'époque islamique ou préislamique. Mais il ne peut y avoir pratiquement d'obstacle pour le père de famille préislamique à exclure l'un des membres de sa famille.

L'adoption. — Le paterfamilias romain pouvait accroître le nombre des membres de sa famille par voie d'adoption ou d'adrogation. — L'adoption était connue et pratiquée en Arabie préislamique aussi fréquemment qu'à Rome. On peut dire avec certitude qu'à cette époque l'adoption avait pour but d'augmenter le nombre des *Acebs*. Mais les textes *coraniques* condamnent formellement l'adoption (*versets 4 et 5 du Ch. 4*)². Il en est de même de cette coutume préislamique que l'on appelle le *pacte de fraternité* et dont nous parlerons dans la

1. Khalil. Trad. Saignette art. 1836.

2. Voici la traduction exacte de ces versets.

Verset 4 : « Dieu n'a pas donné deux cœurs à l'homme pour que nos enfants adoptifs soient comme nos propres enfants »

Verset 5 : « Appelez vos fils adoptifs avec le nom de leur père, cela plaira beaucoup à Dieu ». — Nous empruntons la traduction du Coran faite par un groupe de théologiens turcs sous la direction du professeur Ismaul Hakki.

partie relative à la succession. *L'Islam* est hostile à toute création artificielle de parenté. Pour le *Coran* il n'existe pas d'autres parents que ceux admis par le *livre révélé*. Dans l'Islam tous les croyants sont frères, voilà pourquoi le *pacte de fraternité* est condamné¹ par le rite *Malékite* et *Hambeli*.

Représentation de la famille par son chef. — Une autre conséquence de la structure familiale romaine et arabe pré-islamique fondées sur l'autorité du chef, est le fait que tous les membres de la famille sont représentés par celui-ci. — Au sein de la famille l'existence de personnalités juridiques distinctes ne se concevait pas. Ceci s'explique particulièrement par les conditions de la vie nomade des Arabes. Les difficultés et les dangers de toute sorte, l'insuffisance des moyens d'existence, le besoin d'une mutuelle assistance obligèrent les membres de la famille à demeurer ensemble et à obéir à un chef unique. Même pour les Arabes sédentaires la sécurité ne pouvait être réalisée qu'à l'aide du groupe familial, car le pouvoir public n'apparaît en Arabie qu'avec les califes. Si on ajoute à cela cette originalité de l'esprit sémite qui est imbu d'un profond respect envers les aînés, on comprendra combien grande est la cohésion de la famille arabe autour de son chef.

A Rome au contraire, les conditions historiques furent bien différentes. La vie nomade n'y est plus connue à l'époque historique. Un pouvoir public s'y affirme bien plutôt qu'en Arabie. L'Etat s'arroe un certain droit d'intervention dans la constitution de la famille. Le pouvoir absolu du *pater* s'affaiblit à mesure que la cité s'organise. Après les grandes

1. On peut dire que cet état d'esprit de fraternité que l'Islam a voulu établir entre ses croyants n'est autre chose qu'une généralisation de l'usage des tribus païennes, où les membres d'une même tribu se considéraient comme frères.

guerres, des droits sont reconnus aux enfants sur les biens acquis par leur travail, ou sur ceux gagnés aux armées. Rien de semblable en Arabie préislamique. En Arabie ce n'est que le Coran qui édicta des mesures de protection de la personne et des biens de l'enfant.

Tutelle et curatelle. — Il est nécessaire de dire un mot des institutions de tutelle et curatelle des mineurs, car nous trouverons là des indices nous permettant de comprendre certaines règles successorales romaines ou musulmanes. Sur ce point aussi nous pouvons constater un parallélisme assez étroit des sociétés romaines et arabes.

En Arabie préislamique, *tutelle et curatelle*, étaient des institutions destinées à conserver ou à partager les biens des mineurs, et n'avaient qu'accessoirement un but de protection. Tel était aussi, on le sait, le caractère de la *tutelle* romaine dans l'ancien droit. Chez les deux peuples la *tutelle* était un organisme purement privé sur lequel l'Etat n'exerçait aucun contrôle.

Cependant à l'époque classique et grâce aux interventions des *prêteurs* le caractère de la tutelle change. Elle devient un instrument de protection du mineur sous le contrôle de l'Etat. Il en fut de même en Arabie sous l'empire des prescriptions coraniques.

Tels sont les quelques renseignements que nous avons cru indispensables pour la bonne compréhension et la Comparaison des principes successoraux romains, arabes et musulmans. Mais se borner à la seule considération du groupe familial serait donner une vue imparfaite de la réalité sociale. En effet les familles ne vivaient pas à l'état isolé. Elles ont formé à des époques plus ou moins reculées où l'autorité de l'Etat ne s'était pas encore affirmée, des agglomérations appelées *gens*

à Rome *tribus*, dans le monde arabe, agglomérations dont le rôle social et juridique a été considérable et sur lesquelles il est nécessaire de fournir quelques explications.

SECTION II

LA GENS ET LA TRIBU.

L'étude historique de l'organisation de ses groupements que l'on appelle *gens* ou tribus, nous semble très utile pour la compréhension des règles successorales romaines ou coraniques. Les auteurs spécialisés dans l'étude du droit musulman suivent généralement une méthode différente. Ils prennent comme point de départ les prescriptions coraniques et s'efforcent de mettre en harmonie les contradictions contenues dans le livre révélé par des procédés purement analytiques. Ce système ne peut donner qu'un résultat imparfait. C'est par l'étude des faits historiques, à la lumière des faits sociaux, économiques ou moraux, que nous pourrions mieux comprendre l'esprit de la législation successorale musulmane ou romaine.

La *gens* et la tribu sont des groupements de familles portant le même nom et croyant avoir un auteur commun. Souvent cet auteur commun était, dans la croyance des membres de la *gens* ou de la tribu, un personnage illustre et légendaire. C'est ainsi que les *tribus* de la *Mecque* et de *Médine* croyaient descendre d'*Abraham*, *David* et *Jounousse*¹.

On a soutenu que ce groupement de familles en tribus ou en *gens*, fut le produit de la nécessité de se défendre contre les dangers extérieurs. D'autres auteurs y voient une simple

1. Lutfullah, *op. cit.*, pp. 132-133.

division administrative. Il se peut que ces considérations aient joué un certain rôle. Mais le facteur dominant, selon nous, est *la croyance à une commune origine*¹. Voilà qui s'adressant à sa tribu *Abou Talib* proclame : « Vous êtes les fils d'un homme qui a été aimé de Dieu et privilégié plus que les autres ; vous appartenez à une race qui est la plus noble de toute la péninsule². »

Un exemple cité par M. *Lutfullah Filki*³ nous montre la force de cette idée de communauté de sang qui l'emporte sur les facteurs économiques, religieux et politiques. A la Mecque, ville natale de *Mohamed*, les *Kouraychites* manifestaient continuellement leur hostilité envers les nouveaux convertis et ne manquaient aucune occasion de leur faire du mal. Les Musulmans en furent réduits à se réfugier dans leurs quartiers propres. Mais là ils durent subir un long siège. Or, — et c'est là un fait très caractéristique — parmi les assiégés le nombre des païens appartenant à la tribu de *Mohamed* était aussi grand que celui des convertis. Les non-croyants ont faits taire toutes les autres considérations pour défendre *Mohamed*, membre de leur propre groupe. Rien ne saurait nous montrer mieux que cet exemple l'efficacité du lien découlant de l'origine commune.

LE CHEF DE LA GENS ET DE LA TRIBU.

Mais à mesure que l'on s'éloigne de cette origine, la cohésion de ces groupements s'organise autour du chef de la gens ou de la tribu. Il nous semble très intéressant de préciser le rôle et les pouvoirs de ces chefs.

1. Cf. Bonfante.

2. Lutfullah, *op. cit.*, p. 132.

3. Id., pp. 122-123.

L'existence du chef de la gens ou de la tribu est un fait historique certain. *En Arabie la désignation du chef de la tribu a continué même après l'Islam.* C'est ce qui nous explique que les tribus n'y ont jamais cessé d'exister. A Rome au contraire le chef de la gens a totalement disparu sous la République. Mais son existence à l'époque antérieure ne fait aucun doute et nous est attestée par des textes.

Il y a du reste une raison générale qui nous force à admettre l'existence de ces chefs : c'est que la gens ou la tribu étant un groupement de familles a dû nécessairement imiter l'organisation familiale. Or au sein de la famille l'existence du chef est indispensable. De même que le chef de la famille doit maintenir l'unité de ceux qui sont soumis à son autorité, le chef de ces groupements doit exercer les fonctions nécessaires pour le maintien de l'unité, de la sécurité et de la prospérité.

Un point qu'il est intéressant d'établir est celui de savoir comment était désigné le chef de la *gens* ou de la *tribu*. Il y a là un problème qui ne pouvait pas être résolu par une simple transposition des principes de l'organisation de la famille. En effet à Rome la famille a une durée limitée par la vie de son chef. A la mort du *paterfamilias* toutes les personnes libres soumises à sa puissance deviennent *suijuris*, maîtresses de leurs droits. En Arabie au contraire, à la mort du chef de famille, les personnes soumises à son autorité restaient en état de *consortium familial*. Or il importe que la gens ou la tribu ne se désagrègent pas à la mort de leur chef; leur désagrégation mettrait en péril leur sécurité. La nomination d'un nouveau chef s'impose dès que la place devient vacante.

On peut supposer qu'à l'époque de formation de ces groupements de famille, c'est le chef de la famille la plus puissante qui en imposant sa volonté et en dominant les autres,

est devenu chef de la gens ou de la tribu. Mais quel fut le mode de désignation de son successeur?. Nous connaissons déjà le respect que les Arabes à l'époque préislamique ou islamique, ont toujours manifesté à leurs aînés. Nous savons que ce sentiment avait conduit dans la famille préislamique à la reconnaissance du droit d'aînesse. A la mort du chef de la famille c'est l'aîné qui devenait le chef. — Ce système de désignation du chef ne pouvait pas cependant être appliqué à la tribu. Ici, le respect traditionnel des Arabes pour leurs aînés a dû céder à la nécessité de trouver un chef capable. — Il faut dire du reste que le droit d'aînesse, à l'époque préislamique ne conférait pas un privilège absolu à l'aîné. Sans doute l'aîné était-il appelé en principe à succéder au chef de la famille. Mais nous avons des exemples où l'on voit que l'un des fils cadets peut parfaitement remplacer l'aîné. C'est alors le chef de la famille qui, de son vivant, désignera celui qui lui paraît le plus apte à diriger le groupe. Tel a été certainement le procédé employé pour donner à la tribu un chef capable. Pour la période islamique, le droit d'aînesse ayant disparu, seul le procédé de la désignation fut pratiqué. On sait que Mohamed a désigné son successeur aux pouvoirs religieux et temporels. Les autres *califes* ont suivi l'exemple du *prophète*.

A Rome, il n'y a jamais eu de coutume ou de loi consacrant le droit d'aînesse. Le problème de la désignation du successeur du chef de la *gens* se posait donc sans aucun précédent dans les traditions de l'organisation familiale. Pour la désignation du chef de la *gens* on peut tout d'abord songer à l'élection. Mais ce serait là une anticipation, comme nous le fait remarquer le professeur Noailles. Le procédé de l'élection nous dit-il est relativement récent et ne date que de la fondation de

la République¹. — C'est plutôt le mode de nomination du roi qui peut nous donner la réponse à notre question. M. Noailles nous apprend que le mode de nomination du roi a dû être emprunté aux procédés de nomination du chef de la *gens*. Or le roi était, à Rome, désigné par son prédécesseur. Tel est vraisemblablement le mode de désignation du chef de la *gens*. Cette explication semble en parfaite harmonie avec ce que nous dirons plus loin au sujet du testament. Si ces hypothèses sont exactes, on peut constater sur le premier point une parfaite analogie entre la tribu arabe et la *gens* romaine.

Ce n'est pas du reste la seule ressemblance entre ces deux institutions. *Gens* et *tribus* ont une organisation administrative et politique presque identique. Il faut noter cependant que les *gens* ou les *tribus* n'étaient pas organisées selon un type unique. Chaque groupe avait ses traditions, ses coutumes, son culte. Le dieu tutélaire de la *gens* ou de la tribu était souvent disputé au prix du sang. Dans le *Kaâba* il existait au temps de *Mohamed* des centaines et des centaines de dieux sculptés par les Arabes païens.

Mentionnons enfin un dernier trait commun : les membres de la *gens*, arrivés à un certain âge fixé par la coutume, se réunissaient en assemblées pour régler les questions intéressant la vie du groupe. Nous rencontrons en Arabie *islamique* ou *préislamique* de pareilles assemblées qui pouvaient rendre des décrets valables pour tous ses membres. On voit, par exemple, l'assemblée tenue par les chefs des Couraychites prendre une décision à l'égard des nouveaux convertis qui devenaient de plus en plus menaçants pour leurs cultes et pour les coutumes de leurs ancêtres².

1. Noailles. Cours de droit romain approfondi, 1935-36.

2. Nassih-ettevarih. Les textes de l'histoire. Mouhammad Taki. T. III, p. 146.

Tout ceci nous montre que, les *tribus* comme les *gens* étaient des organisations vivantes agissantes et disposant d'un réel pouvoir. Elles ne tardèrent pas à rentrer en conflit avec le pouvoir central dès que celui-ci commença à se constituer. Mais sur ce point la *gens* et la *tribu* eurent des fortunes diverses.

A Rome la *gens* fut complètement anéantie par la *cité* . Dès la République, le lien gentilice n'a plus aucune signification politique. Seuls « *les patriciens* » l'invoquent encore en tant que marque nobiliaire.

Mohamed et ses quatre premiers *califes* se sont eux aussi efforcés de diminuer l'influence grandissante de la *tribu*. Mais ils rencontrèrent une vive résistance. Certaines provinces, après avoir accepté le principe islamique, n'ont pas hésité cependant à se révolter contre l'autorité de *Mohamed*, à cause peut-être du changement d'attitude du prophète qui voulait s'imposer chaque jour davantage en multipliant les obligations de ses fidèles. Ces révoltes furent réprimées avec beaucoup de difficulté par les califes. La révolte de *Koufa Basra*, notamment, a failli à un moment donné, menacer *l'Islam*. Ce n'est que grâce à l'intervention énergique d'*Ali*, quatrième *calife* que l'on a pu incorporer les pays dissidents dans la communauté islamique. Mais jamais l'islamisme n'a pris la forme d'un pouvoir central très fort capable de réduire le particularisme local. Cela s'explique par les conditions spéciales de l'Arabie. Nous savons qu'elle se compose de tribus innombrables, sans communauté d'intérêts, souvent en lutte les unes contre les autres. La plupart de ces tribus étaient nomades et en état de continuel déplacement. En réalité l'islamisme a glissé sur elles sans en modifier profondément l'organisation politique ou sociale.

Telle est aussi la conclusion à laquelle arrive M. NIEBUHR

dans son étude sur l'Arabie¹ : « *Les Bédouins*² les vrais Arabes
« qui ont fait plus de cas de leur liberté que de leur aisance et
« des richesses, vivent en tribus séparées sous des tentes et
« gardent encore la même forme de gouvernement, les mêmes
« mœurs et les mêmes usages qu'avaient leurs ancêtres dès les
« temps les plus reculés. »

1. Niebuhr : Description de l'Arabie, t. II, p. 248 et s.

2. Le mot « bédouin » vient du mot Elbedevi : celui qui vit dans les déserts.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE L'HÉRÉDITÉ EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT ARABE.

Généralités. — *Le Dogme mahométan attribue une importance capitale à la Science du Droit.* Le prophète n'a cessé durant sa vie de favoriser les *théologies-juristes*. D'abord en les exemptant du devoir de faire *la guerre sainte*, en leur créant ensuite une situation très élevée dans la communauté musulmane¹. Un *hadiths* (parole du prophète rapportée par la tradition) proclame : *quand Dieu veut montrer sa satisfaction envers l'une de ses créatures, il la fait docteur de la Loi*².

Or, aucune partie du Droit musulman n'a été étudiée avec plus de soin que le « *feraïd* », c'est-à-dire les règles successorales. L'importance de cette matière n'a échappée aux yeux d'aucun législateur ou juriste. Il semble en effet que *Mohamed* attachait lui-même un intérêt particulier à l'étude de cette branche du Droit. M. Marçais³ nous rapporte un autre *hadiths* du prophète d'après lequel « *la connaissance des règles successorales constituerait elle seule la moitié de la science.* »

Un auteur cependant, *M. Iban Khaldoun*, refuse d'admettre que *Mahomed* ait pu qualifier du nom de « *moitié de la science* » des connaissances portant sur un objet aussi res-

1. Kaizim Niyazi. Droit de succession musulman en Turquie, thèse, pp. 17, 18.

2. M. Marçais, op. cit., p. 11.

treint. Mais l'authenticité de cette maxime est généralement admise. Pour en comprendre la vraie signification il faut savoir que ce sont là de simples formules fréquemment employées par *Mahomed* non pas dans leur sens littéral, mais pour attirer l'attention des croyants sur l'importance particulière d'une règle ou d'une matière¹.

Les docteurs musulmans ont fourni un très grand effort pour simplifier et rendre clair le système du *feraïd*. Ils y consacrèrent de longs développements, des ouvrages considérables. Et cependant ils n'ont pas obtenu le résultat que l'on aurait été en droit d'attendre. La théorie générale de la succession construite par *ses juristes de l'Islam*, ne pourra certainement pas satisfaire les esprits formés à la logique du droit romain, œuvre d'une évolution régulière portant sur treize siècles.

La théorie de la succession islamique est très loin de présenter cette parfaite classification des faits et des situations juridiques que le droit romain doit à la science des pontifes et et des préteurs. En réalité on ne trouve pas dans les ouvrages juridiques musulmans l'énoncé des principes généraux de l'hérédité ou du fondement du droit de succession.

La matière de la succession islamique est réglée par les *versets coraniques* sans aucune idée directrice apparente; nous y voyons un simple enchevêtrement de cas particuliers, une série de cas d'espèce. Les juristes musulmans n'ont trouvé d'autre moyen de remédier à l'état épars des règles successorales, que de dresser à la fin de leurs ouvrages un tableau général dans lequel le droit de chaque héritier est désigné selon son sexe et son rang. — Les auteurs européens ont suivi

1. Par exemple au sujet de la propreté le prophète dit : « Etre propre c'est la religion ». On sait en effet l'importance que l'Islam attache à la propreté. Le croyant doit se laver cinq fois par jour car c'est là une des conditions fondamentales de la prière.

à cet égard le chemin tracé par leurs confrères musulmans. Il existe à la fin des ouvrages de MM. Marçais, Zey, Luciani, un pareil tableau dont la compréhension exige l'aide des sciences mathématiques....

La raison profonde de ces subtiles efforts n'est pas claire. Peut-être cela vient-il de la méthode coranique qui enferme la matière de la succession principalement dans *le sourat Enissa*.

— La Femme — ... Ces versets ressemblent par leur forme au texte fondamental de la succession ab intestat de la loi des XII Tables. Mais les Romains ont construit sur les quelques phrases des XII Tables un édifice juridique considérable, auquel ont contribué toutes les époques et qui a abouti à notre droit moderne. Par contre chez les auteurs musulmans la matière de la succession a toujours gardé son caractère énigmatique et n'a joui que de peu de popularité. Le fait le plus remarquable en la matière c'est que la loi successorale islamique correspond encore aux besoins de l'époque de son apparition sans que les changements apportés par le temps aient pu l'influencer. C'est la différence la plus importante entre la loi islamique et la loi romaine.

Après avoir attiré l'attention sur le caractère que présentent les manuels traitant de la succession islamique et sur la nature des travaux des docteurs musulmans, nous devons commencer maintenant l'examen méthodique des principes fondamentaux de l'hérédité romaine et islamique. Ainsi que nous l'avons dit dès le début, pour pouvoir expliquer les règles successorales islamiques et romaines il faut se représenter l'état de la société arabe avant l'Islam et l'état de la société romaine à l'époque des origines.

§ 1. — LA NATURE AU TITRE D'HÉRITIER.

Le titre d'héritier ne comporte à Rome aucun sens patrimonial. Il ne confère qu'une vocation générale de recueillir les biens du défunt et il se peut parfaitement que l'héritier institué par le testament n'hérite que du titre. Ceci apparaît très clairement dans la définition donnée par Gaius : « *Mais autrefois il était permis de distribuer par des legs et des affranchissements tout le patrimoine, de ne laisser à l'héritier rien de plus que le titre nu d'héritier.* »

D'autre part le titre d'héritier est strictement personnel, en ce sens que le refus de l'héritier institué ne confère aucun droit aux héritiers légitimes de celui-ci. Le titre ne peut pas être vendu ou transmis et c'est là la meilleure preuve de son caractère non patrimonial. L'acquisition des biens n'est donc pas en droit romain l'essence même de l'héritage, mais une conséquence accessoire.

Pour comprendre cette règle singulière, il faut remonter à une époque assez reculée où la fortune individuelle à Rome se composait de quelques rares objets mobiliers, instruments de travail et bétail. Certes, les Romains ont connu très anciennement la propriété du sol, mais ils ne lui appliquaient pas le régime de la propriété individuelle. La terre cultivable, acquise souvent au prix du sang, appartenait collectivement à la famille ou à la gens. Dans un pareil état on comprend facilement que l'idée de succession n'impliquait nullement une transmission patrimoniale. On ne conçoit alors que la *succession à l'autorité du chef du groupe*. Telle est, selon nous, la meilleure explication du caractère du titre d'héritier romain.

Quant au droit islamique les principes sont exactement contraires. Qu'il s'agisse des « *acebs* » ou des « *fards* », le titre d'héritier ne leur confère aucun droit en dehors de celui de se partager les biens du défunt. C'est là une règle coranique sur la signification de laquelle nous reviendrons souvent. Mais nous croyons que sur ce point, comme sur bien d'autres, le Coran a rompu radicalement avec les solutions antérieures en prenant le contrepoids des coutumes préislamiques.

Nous avons en effet de bonnes raisons de croire qu'à l'époque préislamique l'idée de succession, n'était nullement liée à celle de transmission patrimoniale :

Qu'on se représente en effet quel était l'état de la fortune d'un arabe de ce temps! La terre fertile, cultivable est presque inexistante. L'Arabie est un immense désert, des montagnes ou des plaines couvertes par le sable. Même aujourd'hui les cultures sont rares en Arabie centrale ou dans le Hidjaz¹. En Arabie la principale source de richesse pour une famille n'est pas la terre. Ce qui constitue la fortune d'un arabe ce sont les chameaux ou les chevaux. Comment avec un pareil état de fortune la succession préislamique eût-elle revêtu le caractère purement patrimonial que lui donne le Coran? — On peut donc parfaitement supposer, que, comme dans la Rome primitive, *l'héritier préislamique était, avant tout, investi de l'autorité du chef défunt*, et que l'acquisition des biens n'en était qu'un résultat secondaire et en quelque sorte accessoire.

Il existe dans les dispositions coraniques une règle, à première vue bizarre, et qui pourrait bien n'être qu'un vestige des règles successorales préislamiques. Dans son livre de droit musulman M. Zeys nous apprend (p. 229) que « le

1. La culture du café y est relativement récente.

tuteur testamentaire a le droit de nommer testamentairement son successeur ». D'où vient ce droit exorbitant du tuteur musulman, que nul autre droit ne connaît et qui nous montre le tuteur musulman comme investi d'un *pouvoir* et non d'une *fonction*.

L'explication de cette disposition coranique doit être cherchée, selon nous, dans le fait qu'en droit préislamique comme en droit romain primitif l'institution de la tutelle était étroitement liée à la succession. La mission essentielle du tuteur était d'assurer la conservation du patrimoine qui devait finalement échoir à l'héritier. On peut donc parfaitement supposer que ce droit du tuteur de désigner son successeur n'est rien d'autre que le droit du chef de désigner librement celui qui succédera à son pouvoir.

Cette correspondance étroite du droit de la tutelle et du droit de succession apparaît clairement dans la loi des XII Tables. Prévoyant le cas où le paterfamilias n'avait pas désigné un tuteur dans le testament, la loi des XII Tables accorde la tutelle à l'agnat le plus proche, et à son défaut aux gentiles. Mais d'autre part on sait que la loi des XII Tables déclare :... « *cui heres suus nec escit agnatus proximus familiam habeto* ». Puis en l'absence d'agnats ce sont les gentiles que la loi des XII Tables appelle à la succession.

Voyons maintenant quels sont les faits historiques qui nous permettent de dire que la même correspondance entre la tutelle et la succession a dû certainement exister dans les coutumes arabes préislamiques.

Citons d'abord ce passage de M. Jules Griguer relatif au droit berbère : « En droit coutumier berbère, le père ne peut pas disposer à l'avance de la tutelle, celle-ci étant dévolue de plein droit à l'héritier majeur le plus proche. Si le défunt n'a

laissé que des filles le parent le plus proche du père, par les mâles, hérite des biens mais il devient tuteur des filles et doit pourvoir à leur entretien¹ ». Cette règle de droit berbère est un argument précieux pour l'idée que nous soutenons, car les Berbères ont réussi à conserver intactes, malgré le triomphe de l'islamisme, beaucoup de leurs anciennes coutumes.

Les règles *coraniques* elles-mêmes laissent apparaître le lien de la tutelle et de la succession. Remarquons en premier lieu que, en l'absence d'une désignation testamentaire le tuteur est nommé par le Cadi (ou son délégué) généralement parmi les Acebs. Or nous verrons que ce sont là les véritables héritiers en droit musulman. — Certes les femmes sont appelées par le Coran au partage des biens du défunt, mais leur titre successoral ne repose certainement pas sur la transmission de la puissance domestique. Aussi bien la *faculté de désigner un tuteur n'est pas reconnue par le Coran aux femmes*. La mère seule peut désigner un tuteur si les biens de l'enfant sont peu importants et le tuteur ainsi nommé n'a qu'un simple devoir d'administration des biens². Le tuteur nommé par la mère ne pourra pas exercer sur son pupille le droit de contrainte matrimoniale « sa mandante étant hors de lui conférer un pouvoir dont elle est privée elle-même³ ».

Le lien entre la tutelle et la succession nous apparaît ainsi suffisamment bien établi pour l'ancien droit romain et pour l'Arabie préislamique, pour nous permettre de comprendre quelle était la fonction primitive de l'héritier et du tuteur. — Avant toute autre chose, *l'héritier comme le tuteur étaient investis du pouvoir du chef de famille défunt*, l'acquisition des biens n'étant qu'une conséquence accessoire de l'institution.

1. Cité par M. Maurand (op. cit.), pp. 85-87.

2. Jules Grigner. Des différents régimes de succession au Maroc (p. 48).

3. Zeys, op. cit.

§ 2. — LA CONTINUATION DE LA PERSONNE DU DÉFUNT.

Lorsqu'une personne meurt, il est nécessaire que les rapports juridiques qu'elle avait fait naître, subsistent après sa disparition. L'existence de la société et les relations juridiques individuelles seraient ébranlées par suite de la non-observation de ce principe. La notion d'hérédité répond bien en droit romain à ce besoin. Dans la conception romaine la succession c'est bien *prendre la place d'une personne*, acquérir tous les biens que le défunt a eus ou aurait eus et enfin être soumis à toutes les charges découlant de ce nouvel état : c'est là, le principe même de la continuation de la personne du défunt que nous définit Julien : « L'hérédité n'est autre chose que la succession à tout le droit qu'aurait eu ou qu'a eu le défunt¹. »

Et il est important de remarquer que cette définition ne comporte aucun sens patrimonial. Ce dont il s'agit ici avant tout c'est la succession à l'état, à la situation juridique du défunt ; *l'acquisition des biens n'en sera qu'une conséquence indirecte*.

En droit musulman le principe est absolument contraire. La notion d'hérédité islamique n'est rien d'autre que l'acquisition par les héritiers des biens du défunt. Voici comment la définit M. *Ibn Aârafâ*² : « La succession est un droit susceptible d'être morcelé qui s'établit au profit du dévolutaire après la mort de celui qui en avait le bénéfice. » On peut en rapprocher la définition donnée par M. Zeys³ : « *L'héritage est un droit susceptible de division qui est assuré au*

1. Dans la définition donnée, par Julien et Gaius il y a le mot « universum » lequel est interprété par les compilateurs de Justinien, ainsi que le remarque M. Noailles à propos des droits des réservataires.

2. Jurisprudence et procédure musulmanes par A. Guiraud, p. 4.

3. Op. cit., p. 212.

« *successible par la mort de celui qui le possédait.* » Tous les auteurs spécialisés en cette matière donnent des définitions semblables. Il en résulte que la théorie musulmane n'admet pas l'idée de la continuation de la personne du défunt. Tout ce que cette définition nous fait voir c'est qu'à la mort d'une personne son droit se transporte sur la tête de ses héritiers, auxquels la loi accorde une part fixe. *Le fondement de la succession islamique c'est le partage des biens sans la charge des dettes et des responsabilités du défunt.* Cependant nous verrons plus loin que les biens du défunt ne seront partagés qu'après avoir déduit la somme nécessaire pour payer ses dettes.

Mourir sans enfants ou sans parents qui pourraient prendre la place du mort est considéré par les Romains comme le plus grand des malheurs. Il faut que quelqu'un se charge du culte des ancêtres, paie les dettes du défunt, en un mot, prenne sa place. Cette idée de continuation de la personne du défunt, pierre angulaire de la théorie successorale romaine est totalement absente du droit islamique.

Mais si l'antinomie la plus complète existe sur ce point entre le droit romain et le droit musulman, il n'en va pas de même si l'on remonte à l'époque préislamique en Arabie. Pour cette époque la plus grande analogie existe entre les coutumes arabes et la législation romaine. Cela nous semble commandé par l'analogie qui existe, ainsi que nous l'avons vu, entre la famille romaine à l'époque primitive et la famille arabe préislamique.

L'idée de continuation de la personne du défunt devait certainement s'imposer aussi bien en Arabie qu'à Rome. Il y a là une nécessité d'ordre religieux et sentimental avant même que d'être une raison d'ordre économique. Cependant cette

idée n'est mentionnée directement par aucun auteur pour « l'époque d'ignorance ». Mais une histoire que raconte le célèbre Farabi et que nous relate M. *Lutfullah*¹ mérite quelque attention. Nous y verrons apparaître d'un façon très claire l'idée de continuation de la personne du défunt. Voici cette histoire que nous voudrions citer entièrement car elle va nous servir à plusieurs reprises :

La guerre ayant éclaté entre les Grecs et les Persans, l'opinion publique mecquoise s'intéressait beaucoup à ce qu'en serait l'issue. *Les Mecquois* païens, souhaitaient la victoire des Persans qui étaient *Mazdaïtes*, les nouveaux convertis au contraire désiraient la victoire des Grecs parce que ceux-ci s'étaient attachés à une religion dont la validité est reconnue par le *Coran*². La guerre se termina par la victoire des Persans. *Les païens Kouraychites* ne cachèrent pas leur joie et prirent prétexte de cette défaite des Grecs pour confondre leurs adversaires musulmans. « Si Dieu auquel vous croyez existait réellement — disaient-ils — ce sont les Grecs qui auraient dû gagner la guerre ». Les nouveaux convertis se sentaient humiliés par ces propos. *Ebou Bekr*, qui était le premier *calife* converti à l'Islamisme, fit alors un pari avec l'un des chefs *Kouraychites*, *Ubey* : si dans une guerre prochaine les Grecs gagnaient, ce dernier devra donner 100 chameaux à *Ebou Bekr* et réciproquement. — Effectivement, au bout de neuf ans une nouvelle guerre éclata entre Grecs et Persans et ces derniers subirent une grande défaite. Et voici maintenant le fait intéressant : le chef *Ubey* ayant été tué

1. M. Lutfullah, op. cit., pp. 128-130. L'authenticité de cette histoire nous a été confirmée par le vénérable Mollar F. Kâchani, men hedjunadikin, p. 584 et *Coran*, ch. 21, verset 2, 3, 4, 5.

2. D'après la conception islamique le monde est divisé en deux sociétés : l'une est formée par ceux qui ont embrassé l'une des quatre grandes religions qui sont l'Islam, le Christianisme, le Judaïsme, Zabour ; l'autre société est formée par ceux qui n'adhère à aucune de ces religions.

entre temps¹ ce furent ses héritiers qui payèrent au fils d'*Ebou Bekr* ce que leur auteur lui devait en vertu du pari et cela malgré les quinze années écoulées. — Ceci nous montre clairement que, dans les coutumes préislamiques on admettait l'idée de continuation de la personne du défunt par ses héritiers.

On peut donc parfaitement supposer que ce n'est que l'Islam qui, hostile à toute idée de continuité dans quelque cadre que ce soit, a repoussé en matière successorale le principe de continuité. Cette attitude de l'Islam s'explique par des raisons politiques. Nous savons que *Mohamed* s'est heurté à une vive résistance des Arabes aux enseignements de la nouvelle religion. Cette résistance a pris quelquefois la forme de guerre ouverte, d'autant plus opiniâtre que les tribus formaient des organismes puissants par l'étroite solidarité qu'unissaient leurs membres. Pour le triomphe de l'Islamisme, pour la réalisation de l'unité religieuse et politique de l'Arabie, il importait donc avant tout de briser les vieux cadres, de supprimer le lien étroit qui créait la solidarité des membres de la même famille ou la solidarité des tribus entre elles. C'est à cette constante préoccupation de l'Islam qu'il faut rattacher, selon nous le rejet en matière successorale de l'ancienne règle de la continuation par l'héritier de la personnalité du défunt. Il ne faut pas oublier en effet que l'héritier arabe, comme l'héritier romain primitif, était avant tout le successeur à la puissance du chef. La qualité politique de son titre primait sa qualité proprement juridique.

Mais si l'abandon de principe de continuité a pu être nécessaire au triomphe de la foi nouvelle, il n'a pas été sans présenter des inconvénients dans le domaine des relations individuelles.

1. Ubey fut tué dans la première guerre entre musulmans et Kouraychites : c'est la guerre de Bedre, l'an II de l'Hedjire.

La règle de la continuation de la personne du défunt n'est pas une simple fiction sortie de l'esprit de quelque docteur. Elle répond à des nécessités profondes, économiques et juridiques, elle constitue une condition essentielle de la sécurité des créanciers et même des débiteurs, de la stabilité des affaires. Cependant l'absence de ce principe a présenté en Arabie moins d'inconvénients qu'il était à redouter. En Arabie préislamique les échanges commerciaux sont réduits au minimum. Les tribus pratiquent une économie fermée, l'idée de crédit ne s'est pas suffisamment dégagée. Il est vrai qu'avec l'*Islam* les choses changent, le commerce s'accroît, le crédit apparaît. Mais il faut tenir compte de la ferveur avec laquelle les fidèles du 1^{er} siècle de l'*Hedjire* devaient s'acquitter des obligations contractées : il est prescrit dans le Coran que le devoir envers l'homme doit être accompli avant celui envers Dieu¹.

Enfin il faut noter que les docteurs islamiques ont réussi, grâce à une interprétation subtile, à réintroduire dans une certaine mesure, ce principe de continuité dans le droit musulman. Ils ont dû employer pour cela des voies détournées. Les *Mudjtehidins* se servirent de la tutelle à laquelle ils attribuèrent un sens et lui firent jouer un rôle qui était certainement étranger à sa nature propre :

Le tuteur est considéré dans l'*Islam* comme une espèce d'associé du défunt. En cette qualité, il continuera dans les limites strictement tracées par la jurisprudence la personnalité du défunt. La tutelle islamique comporte des particularités qui ne peuvent guère s'expliquer autrement. Ce tuteur, désigné par le défunt lui-même ou pris parmi ses *acebs*, a des pouvoirs bien étendus. Non seulement il a l'administration des biens de

1. H. Kiazim Zia. Droit de Succ. musulman et intestat. Th. Lausanne 1902, p. 81.

son pupille, mais il exerce sur sa personne un pouvoir analogue à celui du défunt : il dispose à son égard de la *contrainte matrimoniale* et il peut en mourant *désigner un autre tuteur à sa place*.

§ 3. — PRÉDOMINANCE DE L'HÉRITIER TESTAMENTAIRE.

Un autre principe fondamental de l'hérédité en droit romain c'est la prédominance de l'héritier testamentaire. Et à cet égard nous constaterons à nouveau une ressemblance frappante avec le droit préislamique.

A Rome le Testament est aussi ancien que la cité. Le mot « *testamentum* » vient de la langue osque *Tristementud* » ; ceci nous montre que le testament remonte à une époque pré-romaine¹. En Arabie aussi, plusieurs faits attestent que le testament était connu depuis les temps les plus reculés.

Des arguments innombrables nous montrent qu'en droit romain le testament jouait un rôle primordial. Le véritable héritier est celui qui a été nommé par testament ; l'héritier désigné par la loi ou par la coutume est appelé : héritier *ab intestat*, à défaut de testament. Dans l'ancien droit, la liberté de tester semble avoir été illimitée. En faisant son testament le paterfamilias ne faisait qu'exercer sa puissance paternelle. Il désignait librement celui qui était appelé à recueillir son autorité et ses biens.

Quelle était, à ce sujet, la coutume préislamique ? Nous croyons que le testament y jouait un rôle tout à fait analogue. Le principal souci pour un père de famille était d'assurer la continuité de sa famille, de son nom. Pour arriver à ce but il devait pouvoir choisir librement celui qui sera maître après

1. Noailles. Cours 1935-1936, p. 20.

lui. Nous pensons même que cette liberté de tester était à l'époque préislamique presque illimitée. Mohamed lui-même, avant d'être chargé de la mission divine, avait désigné son héritier : bien qu'il eût un fils âgé de deux ans, il choisit comme successeur son esclave affranchi Zyd¹. Rapportons dans le même sens, un passage du célèbre livre « *Menhedjul Sadi-kin*² », « l'épreuve des fidèles » (p. 584) : « *Les Arabes de l'époque païenne qu'ils aient des enfants ou non adoptaient devant le public venu à Sunkulukâze³ ou Arafat⁴ ou Kaâba, des étrangers à leur lignée et les déclaraient comme leurs héritiers* ». Nous savons que le Coran a interdit formellement l'usage de l'adoption, mais pour l'époque préislamique sa pratique était certaine.

Le principe de la prédominance de l'héritier testamentaire est la conséquence normale de l'organisation sociale et familiale. En Arabie préislamique cette organisation est presque identique à celle qui prévaut à Rome à l'époque des origines. Évidemment il peut paraître choquant aujourd'hui de penser que, en présence de leurs descendants, les Romains ou les Arabes pouvaient instituer héritiers des étrangers. Il faut dire cependant que cela devait être un cas assez rare, la plupart du temps l'héritier institué étant pris parmi les descendants. Mais peut-être faut-il aussi considérer les mœurs rudes de ces époques reculées. Le chef de famille disposait du droit de vie

1. Lutfullah Fikri, op. cit., p.

2. Ainsi que nous l'avons dit dans l'Introduction nous aurons souvent à nous rapporter au rite chiite qui n'a pas été étudié avec le même soin que les quatre rites orthodoxes. Le livre, cité au texte, renferme la doctrine des douze célèbres Imams, et est considéré sacré par les chiites. D'après le rite chiite la reconnaissance de ces 12 Imams est l'une des obligations essentielles des Musulmans.

3. C'est une localité dans laquelle se tenait chaque année une assemblée pour désigner les plus belles poésies de l'Arabie.

4. Montagne des environs de la Mecque, ayant un caractère saint pour les Arabes musulmans ou non, car Mohamed y cherchait ses inspirations divines.

et de mort à l'égard des membres de sa « *domus* » ou « *dar*¹ » il pouvait repousser les nouveaux-nés, chasser ses enfants par l'émancipation. Les sentiments d'affection entre les membres de la famille ont été considérablement augmentés par l'adoucissement des mœurs dû aux enseignements du christianisme ou de l'islamisme. Nous croyons donc pouvoir conclure que le « *chih* » arabe à l'époque préislamique n'éprouvait pas beaucoup de scrupules à instituer comme héritier des personnes étrangères à sa maison.

Ce qui nous confirme dans cette opinion c'est la vigueur avec laquelle le *Coran* a réagi contre la liberté testamentaire. Il menace du châtiment éternel ceux qui tenteront de priver les héritiers légaux de ce qui leur revient. En agissant de la sorte, l'*Islam* a voulu sans doute remédier à l'état antérieur qui était fort nuisible aux parents légitimes.

En réalité, tout en recommandant au croyant de faire son testament, l'*Islam* en change complètement la nature : le testament ne peut contenir désormais que des legs, sans aucune institution d'héritier². Il se rapproche ainsi du testament dans l'ancien droit français.

A Rome au contraire, la réaction du *préteur* et des constitutions impériales contre la liberté testamentaire n'allât pas jusqu'à la suppression complète de l'institution d'héritier. Il subsiste donc sur ce point une différence essentielle entre le droit romain et le droit islamique, alors que la plus grande

1. L'occasion nous semble propice de dire quelques mots sur la communauté d'origine probable des mots « *domus* » et « *dar* ». Ces mots correspondent, avec une signification identique au mot turc « *dam* », russe « *dom* », arménien « *doun* ». C'est là une indice précieuse pour la thèse selon laquelle les étrusques étaient voisins des peuples sémites.

2. Dans l'*Islam* obligation de faire son testament est à la fois religieuse et morale ; elle est recommandée par plusieurs traditions prophétiques.

analogie existait à l'époque préislamique entre les deux législations.

Il faut cependant noter que, malgré la vigueur avec laquelle le Coran a réagi contre les pouvoirs illimités du chef de famille en matière testamentaire, il n'a pas touché au droit de faire des donations entre vifs. Un musulman, comme un Romain à l'époque primitive, peut donner tous ses biens à un tiers à quelque titre que ce soit. M. Zeys écrit à cet égard¹ : « Les donations qui excèdent le « tiers disponible² sont valables ». A Rome des lois multiples sont venues restreindre les pouvoirs du pater de faire des donations³. Par contre le droit musulman n'a apporté, ni par la jurisprudence ni par la doctrine, la moindre restriction au pouvoir de disposition entre vifs du chef de famille. Cela ne signifie pas évidemment que *les grands imam*⁴ ne se sont pas efforcés d'imposer au « *chih* » l'obligation morale de ne pas frustrer ses héritiers légaux par des donations au profit d'étrangers, mais jamais cette obligation n'a été formulée en termes impératifs.

N'est-il pas étrange que l'Islamisme ait accepté qu'un homme qui laisse des héritiers légaux puisse donner la totalité de ses biens à des étrangers ou à des œuvres religieuses? Ce pouvoir du père de famille est en complète contradiction avec les prescriptions coraniques relatives aux droits des différentes catégories d'héritiers. Les grands docteurs musulmans ont parfaitement vu cette faiblesse de l'édifiée successoral islamique. *Hudji Zadeh Ahont*⁵ nous rapporte à ce sujet l'avis de l'*imam*

1. Op. cit., p. 221.

2. En droit musulman la quotité disponible par testament est du tiers du patrimoine (v. iufra).

3. Lois Cincia...

4. Chefs des différents rites musulmans.

5. Lettre datée 3-8-93 et communiquée directement par le vénérable juriste-théologien du rite chiite qui a bien voulu nous répondre aux différentes questions que nous lui avons posées.

Djaferu Sadik suivant lequel « dans le Coran existent suffisamment de garanties en faveur des héritiers légitimes ». Mais ces garanties, que nous analysons plus loin, ne sont pas à notre avis suffisantes pour la protection des héritiers. Les fidèles, soucieux d'assurer le repos de leur âme et la place la plus élevée dans l'autre monde, pourront parfaitement dépouiller par des libéralités pieuses, leur propres enfants¹. D'après nous, la contradiction qui existe entre les règles successorales coraniques et la liberté des donations entre vifs, ne peut s'expliquer que comme une survivance de l'époque préislamique. A cette époque le père de famille disposait d'un pouvoir absolu à l'égard de ses biens. L'Islam ayant imposé aux pères de famille de ne plus instituer des héritiers par testament, et de ne plus faire des legs supérieurs aux tiers du patrimoine, n'a pas osé supprimer ou réduire les pouvoirs de dispositions entre vifs.

Ces quelques principes fondamentaux étant ainsi étudiés, nous pouvons maintenant aborder l'examen détaillé des règles successorales romaines et arabes. Nous consacrerons la première partie, la plus importante, à la dévolution de la succession légale, *ab intestat*. Puis, dans une deuxième partie, nous envisagerons la succession testamentaire.

1. Dans son cours du doctorat (1935) M. Pétot nous dit (p. 80) « L'usage des libéralités pieuses inspirées par l'idée et la crainte de la mort, était devenu universel dans les pays de coutume aux ^{xii}e et ^{xiii}e siècles. C'était une obligation pour tous les chrétiens de faire à leur lit de mort de telles libéralités à l'église.

PREMIÈRE PARTIE

LA SUCCESSION AB INTESTAT

Observations préliminaires.

Le livre saint proclame d'une manière formelle et impérative les principes de la succession légale. Quant au droit romain on sait que la source du droit successoral se trouve la loi des XII Tables.

Mais il faut noter tout de suite une différence considérable entre les deux législations. Le texte de la loi des XII Tables ne doit pas être considéré comme une innovation par rapport au droit antérieur. On sait dans quelles circonstances fut rédigée cette loi. Il s'agissait de mettre fin à la lutte qui opposait les patriciens et les plébéiens et de rendre certaines les coutumes et les usages qui constituaient la source presque unique du droit de l'époque. La rédaction de la loi des XII Tables est donc avant tout une œuvre de codification.

Tout au contraire les textes successoraux contenus dans le Coran au chapitre *Soura Ennissa* s'écartent souvent des coutumes préexistantes. Sur bien des points, l'Islam a introduit des réformes radicales par lesquelles Mahomet a voulu ébranler la vieille société arabe¹. Le caractère réformateur et même révolutionnaire des règles nouvelles explique la résistance

1. F. Pelletier et G.-H. Bousquet. Successions antiques mitigées, p. 83.

qu'a rencontrée le prophète, non seulement parmi les *Kouraychites*, mais également parmi ceux qui l'ont suivi jusqu'à *Médine*¹. A ce sujet M. Marçais écrit : « *A plusieurs reprises dans le sein même de la petite communauté musulmane des convertis de date récente manifestèrent leur répugnance pour ces enseignements nouveaux*². »

Une autre différence considérable entre l'ancien droit successoral romain et le droit arabe, aussi bien islamique que préislamique, réside dans le fait suivant : le droit romain primitif comportait une dualité de régimes successoraux. La succession des patriciens, les citoyens nobles, ne suivait pas les mêmes règles que celle des plébéiens. La loi des XII Tables parle d'agnats et de gentiles, or ce sont-là des traits propres à la famille *patricienne*. Mais nous ne rencontrons ni en Arabie islamique ni en Arabie préislamique la moindre trace d'une dualité de régime successoral. Cela ne veut pas dire que les Arabes aient complètement ignoré l'idée de noblesse. Nous avons cité dans notre Introduction l'allocution d'*Abdoul Mouttalip*, grand-père du prophète, qui proclamait la fierté des *Kouraychites* d'appartenir à la *tribu* issue d'*Abraham*. Mais la qualité nobiliaire n'entraîne pas en Arabie l'application d'un droit spécial.

Faisons enfin une dernière remarque préliminaire. A Rome une distinction est faite entre la « *familia* » et la « *pecunia* ». Peut-être cette distinction correspond-elle, ainsi que le pense

1. Ihni Ishak (cité par Lutfullah Fikri) nous raconte comment Mahomed a dû quitter sa ville natale. Les nouveaux convertis ont dû également quitter la Mecque : ils ont suivi leur prophète. Les historiens musulmans les appellent « *muhadjirin* » émigrés. Leur nombre était de 120 à 300 personnes hommes et femmes.

2. Op. cit., p. 1.

Ihering à la classification des biens en *res Mancipi* et *res nec Mancipi*. Or, ni le droit islamique, ni le droit préislamique, ne connaît une semblable classification. La fortune d'un musulman et même celle d'un Arabe avant l'Islam est désignée par le mot « mal » ou, au pluriel, « emval » ce qui signifie les biens. Nous n'avons conservé aucune trace d'une différence de régime successoral contenant d'une différence de nature entre les biens.

Ces observations faites passons à l'étude de la dévolution successorale :

La loi des XII Tables indique clairement les personnes appelées à la succession : *Si intestato moritur cui suus heres nec escit agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit gentiles familiam habento.*

Ce sont en premier lieu, les *heredes sui*, ensuite *l'agnatus proximus*, puis les *gentiles*.

Remarquons tout de suite que les « sui » sont, du point de vue du lien de parenté, des agnats. Nous savons en effet que le lien agnatique résulte de la puissance du chef de famille. Mais la loi des XII Tables n'envisage pas de la même manière le droit successoral de ces deux catégories d'agnats. Ceux qui ont été sous la puissance du *paterfamilias* viennent à sa succession à l'exclusion de tous autres. Ce sont du reste des héritiers nécessaires, le patrimoine du défunt leur revenant de plein droit. Dans cette catégorie se trouvent les descendants en ligne masculine et les personnes qui y sont assimilées : — *L'agnatus proximus* forme un deuxième ordre successoral : ce sont les *collatéraux* (nous verrons plus tard jusqu'à quel degré). Leur vocation successorale n'a pas la même valeur que celle des « sui ». Ils doivent faire *l'aditio hereditatis*.

Enfin, en l'absence, ou au cas de refus de *l'agnatus proximus*, la loi romaine appelle les *gentiles*. Nous sommes donc en présence de trois ordres successoraux nettement distincts.

En Arabie aussi, la famille est fondée sur le lien que crée la puissance du chef. Tout ceux qui ont été soumis à sa puissance sont des *acebs*, mot qui correspond presque entièrement au mot « *agnat*¹ ». Mais du point de vue successoral on ne rencontre pas en Arabie une distinction semblable à celle qui prévaut à Rome entre les descendants et les collatéraux. — En Arabie préislamique, les *acebs*, dont la réunion forme l'*Akila*, sont appelés collectivement à la succession du défunt. L'*Islam*, au contraire, introduit une division par ordres entre les différents *acebs*, division très complexe et qui ne s'inspire pas de l'ordre romain. Mais en même temps le *Coran* consacre une vocation successorale originale de certains parents (*acebs* ou non) principalement les femmes, qui reçoivent une part successorale fixe : ce sont les *fards*. La dévolution successorale islamique doit donc résulter de la combinaison des droits successoraux des *acebs* et des droits des *fards*.

Les ordres successoraux étant donc absolument différents en Arabie et à Rome nous ne pouvons pas les prendre comme base de notre comparaison. Nous sommes obligés de séparer les deux questions : dans un premier titre nous nous demanderons quels sont les personnes ayant en droit romain ou arabe une vocation successorale. Puis, nous étudierons dans le deuxième titre les différentes règles de dévolution et de partage.

1. Voici d'après M. Zeys (op. cit., p. 256) le sens étymologique du mot « *aceb* ». Les lexicographes arabes nous enseignent que le mot « *aceb* » comporte l'idée de « force », de « violence », de « protection », que de là vient, par extension, le sens de « nerf » parce que la force et la faculté de se protéger procèdent chez les animaux des nerfs dont ils sont armés. Les nerfs de l'homme, ce sont, au figuré, ses enfants et ses parents les plus proches. Les *acebs* sont donc les parents mâles.

Nous réserverons enfin, pour un troisième titre, l'étude de deux questions particulières qui ne présentent un intérêt juridique que pour les périodes les plus anciennes du droit arabe ou romain, celle de la succession des femmes et celle de la succession gentilice ou des membres de la tribu.

TITRE I

PERSONNES AYANT LA VOCATION SUCCESSORALE.

Ces personnes sont à Rome, les « *sui heredes* », l'« *agnatus proximus* », c'est à-dire les *collatéraux* et à une époque très reculée les « *gentiles* ». En Arabie ce sont tout d'abord les *acebs*, puis avec les réformes coraniques une nouvelle catégorie héréditaire, les *Fards*. Dans la vieille coutume arabe les membres de la tribu venaient également à la succession. Réserveant l'étude de la succession gentilice et de la tribu pour le titre 3, nous diviserons ce titre en deux chapitres distincts : le premier consacré à l'étude de la succession des *agnats* et des *acebs*, le second à celle des *Fards*.

CHAPITRE PREMIER

LES AGNATS ET LES ACEBS.

Nous savons que la première catégorie d'agnats est formée à Rome par les personnes ayant été sous la puissance du pater, et en premier lieu *ses descendants, sans distinction d'âge, ou de sexe*, à la seule condition qu'ils soient nés d'un mariage célébré d'après la loi romaine. Les enfants nés d'un mariage non célébré à Rome étaient absolument étrangers à leur père.

Plusieurs différences doivent immédiatement être signalées.

En premier lieu nous verrons que les filles, comme toutes les femmes n'ont jamais été considérées comme *aceb* en Arabie malgré l'analogie du lien agnatique et celui d'*aceb*.

Puis en Arabie il n'existe pas de règle stricte concernant la célébration du mariage. La distinction du mariage légitime et illégitime n'intervient donc pas.

Une autre différence essentielle consiste dans le fait que les Arabes païens ne reconnaissent, tout au moins jusqu'au III^e ou IV^e siècle de *l'ère chrétienne*, aucun droit successoral aux *enfants en bas-âge*.

Voici à l'appui de cette affirmation quelques documents historiques d'une réelle valeur :

Dans le livre « *Menhedjussadikin* » page 337 (les arguments fidèles) écrit par le grand docteur du rite chiite, F. Kâchani précise que : « les femmes et les enfants en bas-

âge de l' « époque d'ignorance » étaient privés de la succession de leur mari et de leur père. Et les Arabes disaient : « Peut prendre part à la succession celui qui fait la guerre et qui apporte le butin par son *épée*. »

*Baidawwyr*¹ dans sa glose du verset 8 de la *soura Ennisa* nous dit à peu près la même chose : « Celui-là seul hérite qui peut prendre part au combat et défendre le territoire de sa tribu. »

A s'en tenir à ces témoignages, l'exclusion des enfants en bas-âge, fils ou filles² semble certaine pour l'époque préislamique.

Mais, ainsi que nous l'avons dit au début de cette étude, il faut être bien prudent en ce qui concerne l'authenticité des sources islamiques. Les commentateurs musulmans ont condamné tous les usages et coutumes préislamiques : cet état d'esprit se manifeste chez tous les docteurs musulmans. En parlant de l'époque *Djahilijje*, ils affichent une répugnance complète et ne se soucient pas d'y distinguer des périodes plus ou moins anciennes. Ils disent « les Arabes d'avant l'*Islam* » sans jamais préciser le siècle dont il est question. Or il s'agit là d'une époque s'étendant sur une dizaine de siècles et il est impossible de penser que pendant tout ce temps la coutume n'a pas varié.

Nous admettons bien que, avant le III^e ou le IV^e siècle de l'ère chrétienne, les Arabes excluaient de leur succession tous ceux qui n'étaient pas aptes à porter les armes et à apporter le butin. Mais nous pensons que cette règle successorale cesse de s'appliquer avec le changement de la vie familiale et sociale

1. Cité par M. Margais (op. cit.), p. 40.

2. Dans la première glose que nous citons on emploie le mot « *Evlad* » qui est le pluriel de « *Eveléd* » et qui signifie les fils aussi bien que les filles.

et l'influence de la civilisation *persane, grecque, romaine et égyptienne* qui commencent à agir en Arabie

Quels sont les arguments en faveur de cette thèse? Examinons tout d'abord les textes *coraniques*: Dans le *verset 7* du *Goura Ennissa* nous lisons « *Aux hommes une part des biens laissés par leur père, par leur mère et par leurs proches parents* ». Le texte emploie le mot « *Erridjal* », pluriel du mot « *Redjl* » et qui signifie « *les mâles* » quel que soit leur âge. Il est certain en effet qu'en droit islamique les enfants en bas-âge ne sont pas exclu de la succession. Mais si cette règle était une innovation de l'*Islam*, si le *Coran* avait apporté ici un principe nouveau, il n'aurait pas manqué de le dire en termes clairs et formels. Dans d'autres textes concernant la protection des orphelins le livre saint emploie les mots « *Eytami* » pluriel du mot « *el Jetimun* » qui signifie orphelin et orpheline (v. les *versets* 2, 3 et 6). Nous croyons donc que le fait de ne pas trouver en termes exprès la consécration de la vocation successorale des enfants en bas-âge nous montre que le *Coran* n'apporte sur ce point aucune innovation par rapport aux coutumes en vigueur à cette époque.

Un fait historique rapporté par *Farabi*¹ renforce l'argument tiré des textes *coraniques*:

Après être rentré à *Médine*, *Mohamed* faisait la prière habituelle sur le champ de palmiers. Les convertis décidèrent alors de construire une *Mosquée*. Le terrain qui était le plus indiqué appartenait à deux orphelins nommés *Sehl* et *Suheul*. Leur père s'était appelé *Rajibin* et faisait partie de la célèbre famille *Beni Nedjdjar*. Le prophète fit appeler les orphelins et leur demanda combien ils voulaient pour ce terrain sur lequel on devait construire la deuxième mosquée de l'*Islam*. Les

1. Lutfullah, op. cit., p. 218.

enfants voulurent en faire donation, mais le prophète n'accepta pas et leur versa 15 gr. d'or. Il importe maintenant de remarquer que la famille *Beni Nedjdjar* est l'une des plus nombreuses de Médine et que d'autre part les enfants ont un tuteur nommé *Essai Bin Zerrareh*. Or nous avons vu que le tuteur arabe est pris dans la famille du père. Comment expliquer alors que, ces enfants qui avaient de nombreux parents, possédaient des biens si importants? Il est très vraisemblable de supposer que ce terrain leur a été attribué dans la succession de leur père.

A Rome les *petits-fils ou petites-filles* qui par la mort du paterfamilias deviennent « *siu juris* » sont appelés à sa succession par représentation de leur père, prédécédé ou émancipé. En droit musulman la représentation est admise en une certaine mesure ainsi que nous le verrons dans le chapitre suivant. Quant au droit préislamique nous n'avons pu trouver aucune source précise, mais ce que nous venons de dire au sujet des enfants en bas-âge, est de nature à nous faire supposer que les petits-enfants étaient la plupart du temps exclus de la succession.

L'adoption ou l'adrogation crée à Rome le lien d'agnation et à ce titre les enfants adoptifs viennent à la succession comme les autres *sui heredes*. L'Arabie préislamique admet aussi la pratique de l'adoption; l'adopté devient aceb de l'adoptant et recueille en cette qualité sa succession. Il semble même que l'*adoption* était d'un usage très fréquent et même abusif. Les Arabes y avaient recours pour augmenter le nombre des membres de leurs familles dans un but de vanité ou de puissance. Cette pratique était évidemment fort nuisible aux véritables parents et le Coran la condamne formellement.

Enfin le lien *d'agnation* pouvait à Rome être brisé par l'*émancipation*. L'émancipé perdait alors tout droit successoral dans son ancienne famille. L'émancipation comme mesure de punition, a pu parfaitement exister en Arabie préislamique, car les pouvoirs du chef étaient à cette époque presque illimités. Mais il est certain que l'Islam ne permet pas cette émancipation primitive, car l'un de ses objectifs a toujours été la protection de l'enfant.

Disons aussi qu'à Rome le lien d'agnation disparaît par le mariage *cum manu* de la fille ou de la petite-fille. Elles sortent par ce mariage de leur famille naturelle et perdent tout droit successoral. Sur ce point, nulle comparaison ne peut s'établir avec le droit arabe, car les femmes n'y sont pas considérées comme *acebs*, ainsi que nous le verrons dans le paragraphe suivant.

Si on passe maintenant aux collatéraux, quelles sont à Rome les personnes ayant une vocation successorale? Nous avons à ce sujet le texte bien énigmatique de la loi des XII Tables qui déclare : *cui suus heres nec escit agnatus proximus familiam habeto*. Il faut donc déterminer quel est « l'*agnatus proximus* ».

Remarquons tout d'abord avec M. Noailles¹ que même pour les collatéraux le lien successoral est toujours déterminé par la notion de potestas qui survit ici à son existence réelle. Sont agnats en effet tous ceux qui seraient soumis au *paterfamilias* si celui-ci existait encore. N'en font donc pas partie les parents par les femmes, les descendants des émancipés ainsi que ceux des adoptés par un autre *paterfamilias*.

1. Cours de droit romain approfondi 1935-36, p. 197.

Mais que faut-il entendre par « *proximus* ». Pour l'époque classique il est certain que la vocation successorale des collatéraux agnats s'étend de degré en degré : ce sont d'abord les frères, à leur défaut les neveux, puis les cousins germains. La question de savoir si les femmes agnates sont appelées sera ultérieurement étudiée.

La vocation des *agnats* des degrés éloignés a été cependant niée par M. Giffard, pour l'époque des XII Tables. D'après cet auteur, seuls les frères et sœurs avaient d'après les XII Tables la qualité d'*agnatus proximus*. M. Giffard invoque à l'appui de cette conjecture un texte de Gaius (III, 23) et pense que la vocation des degrés éloignés n'est apparue qu'après la disparition de la *gens*¹.

En Arabie les collatéraux qui se rattachent au défunt par les mâles sont appelés à sa succession en qualité d'*acebs*. Il y a donc sur ce point la plus grande analogie avec le droit romain, la qualité d'*aceb* comme celle d'*agnat* découlant de la notion de *potestas*.

Chose remarquable, la vocation héréditaire des *acebs*, soit en ligne directe soit en ligne collatérale, est tellement forte, tellement certaine, que le Coran ne croit pas nécessaire de la consacrer par une disposition formelle. Nulle part, le livre saint ne mentionne le nom des héritiers *acebs* et leur droit successoral. Au contraire, la part et le nom des héritiers nouvellement institués par Mahomet (les *fards*) est minutieusement et expressément décrite. C'est là une méthode souvent employée dans le Coran. Par exemple, ainsi que le mentionnent MM. Palletier et Bousquet¹ « la manière d'effectuer la prière rituelle n'est nulle part décrite dans le livre sacré

1. Communication de M. Giffard à la Société d'Histoire du droit (14 avril 1932) compte-rendu à la Nouvelle Revue Historique 1932, p. 386.

mais il est bien question des ablutions qui la précèdent ». L'accomplissement de la prière, dit cet auteur, est supposé connu. A plus forte raison les règles coutumières en matière de succession n'avaient pas à être rappelées. — *Dans l'Islam par conséquent la vocation successorale des Acebs repose entièrement sur la coutume arabe* et sur l'interprétation de la jurisprudence des grands docteurs.

Autre fait intéressant à noter : malgré l'hostilité de Mahomed à l'idée de parenté fondée sur la puissance du chef, malgré tous ses efforts pour rétablir la famille sur une base naturelle (arg. l'exclusion des enfants adoptifs), il n'a pas su se dégager entièrement des conceptions successorales arabes suivant lesquelles l'homme a un droit supérieur à celui de la femme. *Le Coran* a admis que *la part du fils est double de celle de la fille*.

Certains auteurs croient même que Mahomed a formellement reconnu que le sexe masculin constitue la base successorale en droit islamique. Tel est notamment l'avis de M. Marçais¹ qui invoque à l'appui de cette affirmation un *hadiths* du prophète : « *Avant tout donner les parts « fards » à ceux qui y ont droit et le reste à la personne mâle la plus « proche »*. Nous ne croyons pas que l'on puisse se servir de ce *hadiths* pour prétendre que *Mahomed* a voulu édifier les principes successoraux islamiques, en prenant comme base le sexe masculin. Le *hadiths* rapporté ne contient certainement pas l'énoncé d'une règle générale, car le droit musulman n'est pas édifié sur des principes abstraits. *Mohamed* répondait aux différentes questions qu'on lui posait. Il se peut que ce *hadiths* ait été énoncé par un cas spécial qui fournit au pro-

1. Les successions agnatiques mitigées, p. 109.

2. Op. cit., p. 37.

phète l'occasion de recommander à ses fidèles qu'ils donnent avant tout la part des héritiers *fards*.

Ceci dit, il n'en reste pas moins vrai *qu'en droit islamique*, et malgré les réformes coraniques, les parents mâles par les mâles, c'est à dire les *acebs*, constituent la base de l'édifice successoral. Eux seuls ont une vocation successorale universelle, les autres sont appelés à une part fixe. Mais ce fut là le résultat de la résistance arabe aux innovations de Mahomed, résistance qui trouva son expression juridique dans l'œuvre du *fukheha* et des grands docteurs. Nous en rendrons compte dans le titre suivant en précisant les règles de dévolution successorale dans l'*Islam*.

Quant à la question de savoir *jusqu'à quel degré* les *acebs* avaient la vocation héréditaire, il ne semble pas qu'il existât à l'époque préislamique une limitation quelconque. Nous verrons en effet qu'à cette époque les *acebs* étaient appelés à la succession collectivement. Ce n'est que le droit islamique qui, en introduisant une division par ordre entre les *acebs*, limitera la vocation des collatéraux.

Mais la différence capitale entre le droit romain et le droit arabe, islamique et préislamique, réside en ce que les femmes arabes n'ont jamais eu la qualité *d'agnats* ni en ligne directe ni en ligne collatérale. Alors qu'à Rome les filles, les petites-filles, les femmes mariées *cum manu* et, en ligne collatérale, la sœur, viennent à la succession du decujus au même titre que les agnats mâles, alors que la qualité *d'aceb* et sa conséquence successorale n'appartient pas aux femmes arabes.

Cela ne signifie pas qu'en Arabie les femmes soient complètement écartées de la succession. — Nous verrons, en effet que le Coran crée un titre d'héritier nouveau « *les fards* » dont la femme devra être la principale bénéficiaire. Pour

l'Arabie préislamique, au contraire, beaucoup d'auteurs pensent que les femmes n'avaient aucune capacité successorale. Nous discuterons longuement cette question dans le chapitre spécial consacré à la succession des femmes. Mais nous tenons à dire tout de suite que cette affirmation nous semble trop absolue : certes, avant l'époque de la construction des villes et des villages, cette exclusion est certaine, à notre avis. Comment expliquer autrement ces gloses des juristes qui déclarent que pour prendre part à l'héritage il faut être capable de porter les armes et d'enrichir par le butin le patrimoine familial? Peut-être même, l'exclusion des femmes a-t-elle été admise dans le droit romain primitif et cela pour des raisons analogues. Mais il nous semble certain et nous essaierons de le montrer, qu'à mesure que la vie sociale s'organise et que les mœurs s'adoucissent, la femme arabe est souvent appelée à prendre part aux partages des biens du *défunt*.

Son aptitude successorale est cependant plus précaire que celle des mâles. Nous ne devons pas oublier que le manque de pouvoir central organisé en Arabie fait souvent de la réalisation du droit une pure question de force. Les femmes, les enfants en bas-âge ou les vieillards ne sont pas toujours en état de faire respecter les droits que leurs reconnaissent les usages et les coutumes. Ce fait a énormément frappé Mahomed. Il a été sensible au besoin de protection de certains membres de la société arabe. Ce fut là la raison de l'institution dans le Coran d'un titre successoral nouveau « *les fards* » que nous devons maintenant décrire.

CHAPITRE II

LES « FARDS. »

Deux idées nouvelles dominent la réforme *coranique* en ce qui concerne la dévolution successorale : 1° ramener les liens familiaux sur leur base naturelle et rejeter la parenté fondée sur la puissance, 2° instituer un titre successoral particulièrement fort au profit de certaines personnes dont la vocation héréditaire était incertaine ou précaire d'après la coutume arabe préislamique. C'est pour répondre à ces idées que le Coran institue le nouveau titre d'héritier « *les fards* ». Prenons tout d'abord connaissance des textes se rapportant à cette matière¹.

*Verset 6, chap. 4. « Après la mort du père, de la mère, et
« des proches, s'ils laissent des biens, quelle que soit leur
« importance, il y a une part pour les hommes. Après la mort
« du père, de la mère et des proches, s'ils laissent des biens,
« quelle que soit leur importance, il y a une part pour les
« femmes, part obligatoire. »*

*Verset 7, chap. 4. « Quand des proches, des orphelins et
« des pauvres assistent au partage, donnez-leur quelque chose
« et dites-leur de bonnes paroles caressantes. »*

*Verset 10, chap. 4. « Pour vos enfants, Dieu vous recom-
« mande, en ce qui concerne le partage du patrimoine, de*

1. Nous avons tenu compte dans la traduction des versets coraniques des deux éditions du Coran faites par les théologiens turcs.

« donner au mâle la part de deux filles. S'il n'existe que des
« filles et que leur nombre est supérieur à deux, elles ont les
« deux tiers du patrimoine. S'il n'y a qu'une fille elle reçoit
« la moitié du patrimoine. Pour le père et la mère il leur
« revient le sixième du patrimoine si le défunt a laissé un
« enfant (fils ou fille). Si le défunt n'a laissé aucun enfant
« les pères et mères obtiennent le tiers de l'héritage. Si le
« défunt a laissé des frères (utérins, germains ou consan-
« guins) après délivrance des legs s'il y a testament, paiement
« des dettes, la mère aura le sixième du patrimoine. »

Verset 11, chap. 4. « Quand vos femmes meurent, si elles ne
« laissent aucun enfant, la moitié de leur héritage est à vous.
« Si elles ont des enfants (fils ou filles) alors il ne vous revient
« que le quart après déduction des legs et paiement des
« dettes. Si vous mourez et si vous ne laissez pas d'enfants
« (fils ou fille) il revient à votre épouse le quart de votre héri-
« tage. Si vous avez des enfants alors elle n'a que le huitième
« après déduction des legs et paiement des dettes.

« Si un homme ou une femme meurt n'ayant ni père, ni
« mère, ni enfant mais ayant un frère ou une sœur, chacun
« d'eux aura le sixième; s'il y a plusieurs frères ou sœurs,
« ils sont associés au partage du tiers, après déduction des
« legs et paiement des dettes. »

Verset 17, chap. 4. « S'ils demandent¹ le jugement² à
« l'égard du défunt qui n'a laissé aucun enfant mais qui a
« une sœur, celle-ci aura la moitié du patrimoine, si cette
« sœur est morte, c'est son frère qui sera son héritier. S'il y
« a deux sœurs, elles ont les deux tiers de ce qu'a laissé leur
« frère. S'il y a aussi des frères, pour eux, leur part est égale

1. C'est-à-dire les nouveaux convertis.

2. Le jugement doit signifier ici la quote-part.

« à celle de deux filles. — Dieu vous a rendu tout ceci très clair afin que vous ne vous égariez pas. »

Tels sont les textes coraniques. M. *Eboul Oula* ancien professeur à l'Université d'*Istamboul* donne l'énumération suivante des parents *fards* :

1. — Le père.
2. — Le grand-père paternel.
3. — Le frère.
4. — La fille.
5. — La petite fille (fille du fils).
6. — La sœur consanguine.
7. — Le frère consanguin.
8. — La sœur utérine.
9. — La mère.
10. — La grand'mère paternelle ou maternelle.
11. — L'époux survivant.
12. — L'épouse survivante.

Pour calculer la part qui revient à ces héritiers *fards*, il faut déduire du patrimoine laissé par le défunt, les dettes, les frais funéraires, enfin les legs valables (le tiers du patrimoine).

Pour la déduction des dettes et legs il y a lieu de faire une remarque : les versets coraniques indiquent le prélèvement nécessaire au paiement des dettes avant celui des legs. Nous croyons que cette disposition curieuse ne peut s'expliquer que comme un vestige de l'époque *Djahilijje* où les dispositions testamentaires devaient s'exécuter avant tout autre chose. Nous sommes étonnés que MM. Marçais et Zeys n'aient pas remarqué que cette règle du Coran fournit un précieux argument à la thèse de la primauté du testament à l'époque préislamique. Quoiqu'il en soit il faut tout de suite

ajouter que les docteurs musulmans n'ont pas interprété à la lettre cette disposition, et, dans la pratique, les dettes du défunt sont déduites en premier lieu, à part le prélèvement des frais funéraires.

Ces prélèvements faits, les portions fixes des « *jards* » sont réparties de la manière suivante :

A). — La moitié sera :

1. — A la fille ou

2. — A la petite-fille (mais à condition qu'elle soit fille du fils);

3. — Les sœurs ou germaine, ou consanguine, mais si elles viennent concurremment avec un héritier mâle du même degré;

B). — Les héritiers dont les parts sont fixées au quart du patrimoine sont :

1. — L'époux survivant d'une femme qui a laissé un fils ou une fille. Mais il faut remarquer que cette postérité de la femme peut-être issue du mariage ou d'un autre lit;

2. — L'épouse survivante d'un homme qui n'a laissé aucune postérité, autrement la veuve n'aurait que le huitième.

C). — Les héritiers dont les parts sont fixées au huitième sont :

L'épouse ou les épouses si elles concourent avec un ou plusieurs descendants de l'époux prédécédé.

D). — Les héritiers dont les parts sont fixées aux $\frac{2}{3}$ sont :

1. — Les filles du de cujus;

2. — Les filles du fils du de cujus;

3. — Les sœurs germaines et les sœurs consanguines, à condition qu'elles n'entrent pas en concurrence avec un héritier du même degré.

E). — Les héritiers dont les parts sont fixées au tiers sont :

1. — La mère du défunt, si elle n'entre pas en concurrence avec les enfants, les frères et les sœurs du défunt. Autrement la part affectée à la mère du défunt serait réduite au sixième :

2. — Les frères et les sœurs utérins du défunt.

F). — Les héritiers dont les parts sont fixées au sixième sont :

1. — La fille du fils¹ ;

2. — La sœur consanguine ;

3. — Le frère ou la sœur utérins quand l'un ou l'autre est unique ;

4. — Le père du défunt, dont la part serait changée s'il était en concurrence avec des enfants du défunt ;

5. — La mère est dans la même situation que le père, avec une seule différence qu'elle n'a aucun droit à l'excédent de la succession. Après avoir opéré les prélèvements nécessaires y compris les parts fixes ;

6. — L'aïeul maternel ou les aïeux ;

7. — L'aïeul paternel.

Tels sont les héritiers fards et leur part fixe. Faisons tout de suite deux remarques :

1. La vocation successorale des *acebs* n'est pas mentionnée par le Coran. Nous nous sommes déjà expliqué sur la signification de cette omission.

2. Parmi les héritiers fards, les uns sont appelés à la succession en cette seule qualité, les autres au contraire étant *acebs*, cumulent sur leur tête la double qualité d'héritiers à part fixe (*fards*) et d'héritiers universels (*acebs*). Ces parents après

1. La fille de la fille n'est pas parmi les héritiers.

avoir enlevé leur part fixe entrent en concours avec les acebs pour partager le restant de la succession. C'est ce qui fait l'extrême complexité de la dévolution successorale islamique.

Quelle est la nature exacte du droit successoral des « *fards* » ? Pour le comprendre il faut avant tout expliquer le sens de ce mot qui domine toute la matière de la succession islamique :

Après avoir énuméré dans le *verset* la plupart des parents « *fards* » le *Coran* termine ainsi :

« *Farizetun* (ou d'après la prononciation de la vraie langue arabe *Faridatun*) *Line Allah, inne Allahu Kâne alimen hakimen* ». *Dieu a prescrit, a ordonné cette sentence, Dieu qui sait tout, qui commande et juge tout* ».

Ce même « *fard* » est employé par le *livre saint* au sujet des cinq principales obligations qui incombent à tout musulman arrivé à l'âge de la majorité. On voit tout de suite quelle importance le *Coran* attribue au droit successoral des « *fards* ». C'est le droit le plus fort et le mieux protégé, car quiconque déroge ou désobéit à un seul mot du *Coran* encourra le châtiment éternel.

La nature si particulière de la vocation des « *fards* » a conduit plusieurs auteurs à leur refuser la dénomination d'héritiers :

Par exemple MM. Peltier et Bousquet¹ proposent de les appeler : « légataires de plein droit ». Mais il est impossible d'accepter cette qualification qui comporte une véritable contradiction dans les termes.

M. Zeys² préfère leur donner le nom d' « héritiers réserva-

1. Op. cit., pp. 240 et suiv.

2. Op. cit., p.

taires » et beaucoup d'auteurs partagent cette manière de voir (notamment le Doyen Maurand, M. Luciani Calvet, M. Marçais).

M. *Eboul Oula* dans ses cours à l'Université d'Istamboul emploie aussi le nom d'héritiers réservataires ou héritiers forcés.

Toutes ces expressions sont défectueuses et susceptibles de créer des confusions — on ne peut qualifier les « fards » d'héritiers forcés, car ils ne sont nullement obligés d'accepter leur part successorale. Il n'y a sur ce point aucune analogie avec les héritiers nécessaires à Rome. La qualification « héritiers réservataires » est tout aussi inexacte : en effet ce qui caractérise l'institution de la réserve c'est l'interdiction de priver certains héritiers de leur part successorale par l'effet de libéralité entre vifs ou à cause de mort. Or, si le droit musulman réduit la portion disponible par testament au tiers du patrimoine, aucune limitation n'est imposée relativement aux donations entre vifs. Le défunt a pu valablement disposer entre vifs de la totalité de ses biens¹. On doit même remarquer que les donations sont particulièrement favorisées en droit musulman, comme nous le montre l'institution dénommée « *Essadaka*² ». (Libéralité faite avec une bonne et propre intention). Cette libéralité est obligatoire pour le musulman avant le départ en pèlerinage ou les fêtes religieuses ou chaque fois qu'il échappe à un accident ou à un malheur. Au sujet de cette liberté des donations dont jouit le musulman M. Yvon Linant de Bellefonde nous dit³ : « en effet la préoccupation qui caractérise la plupart des législations protégeant la famille et le donateur est étrangère au jurisconsulte musulman ; ce dernier

1. Jules Griguer, op. cit., chap. 7, p. 5'.

2. M. Zeys, op. cit., p. 162.

3. La donation en droit musulman, p. 4.

voit surtout dans la donation un moyen de remédier aux inégalités de la succession coranique ». Ajoutons enfin l'institution « *Houbous* » dont nous parlerons plus loin.

En présence d'une pareille liberté des donations entre vifs il nous est impossible d'accepter ce nom d'héritier réservataire pour les « *fards*. »

Dans une autre opinion les parents « *fards* » sont assimilés à des « créanciers privilégiés ». Cette opinion n'est pas non plus entièrement satisfaisante. D'abord s'ils sont créanciers il faut chercher le débiteur de cette dette. Or ils n'ont aucun droit de poursuite sur les biens ou sur les personnes. Ils ne sont créanciers ni de la succession, ni des *acebs* et ils ne viennent au partage qu'après les prélèvements nécessaires au paiement des dettes et des legs. Où donc réside leur privilège?

Pour donner la qualification exacte de la vocation des « *fards* » il ne faut pas perdre de vue leur situation très particulière. Nous avons indiqué plus haut leur nombre et la quote-part qui leur revient. La plupart de ces héritiers sont des femmes ou des parents d'âge avancé. — Le Coran met ces derniers sur le même rang que les femmes, car les personnes âgées doivent consacrer leur temps à la prière et à Dieu. *Les « fards » sont donc des personnes qui sont dans l'impossibilité de subvenir à leurs besoins.*

Surtout si on tient compte des ressources insuffisantes de la société arabe, on comprend que le Coran ait eu le souci de leur assurer des ressources. La nature du droit de ces parents est donc une sorte de *droit aux aliments* dont la quotité est fixée par la loi. Bref, la part des « *fards* » est une dette alimentaire de la succession.

La reconnaissance de ce droit des fards est l'œuvre personnelle de *Mahomed* qui a dû réagir contre les vieilles coutumes de l'Arabie où la force brutale était prédominante. Le *Coran*

s'est préoccupé de ceux qui étaient dans l'impossibilité de travailler ou de défendre leur droit par la force. C'est pourquoi il ordonne : « *D'abord aux « fards » une part fixe et s'il reste quelque chose du patrimoine il sera partagé entre les hommes.* »

Mais il ne faut pas croire que cette réforme successorale fondamentale ait pu se faire aisément. Les nouvelles règles de dévolutions avantageaient considérablement les femmes et constituaient par là une grave atteinte aux traditions et aux sentiments des Arabes. Nous savons que Mahomed a dû souvent tenir compte de l'opposition qu'il rencontrait chez ses propres partisans. Aussi en cette matière agit-il avec beaucoup de prudence. *Les versets coraniques* que nous avons cités dans lesquels le droit des « fards » est affirmé d'une façon si solennelle, ne sont que l'aboutissement d'une longue période de tâtonnements, pendant laquelle le prophète a procédé par étapes. Nous estimons très intéressant de retracer ici l'histoire de cette œuvre réformatrice des vieilles coutumes arabes :

Historique des réformes successorales du Coran. — Après la guerre de « Bedre¹ » qui se termine par la victoire complète des *Médinois*, *Mohamed*, dont la situation en sortit renforcée, prit une première mesure de réforme successorale ainsi conçue :

« *Si des parents, des orphelins, ou des pauvres (el Meçakin) assistent au partage du patrimoine, donnez-leur (Farez « Khoum) une part du patrimoine et dites-leur des paroles « caressantes².* »

1. Bedre est un endroit qui se trouve entre la Mecque et Médine; il était connu pour l'abondance de ses eaux et de ses palmiers. La guerre y a eu lieu, selon les historiens musulmans en l'an II de l'Hedjire.

2. Coran Sourat 4, verset 9.

L'interprétation de ce *verset coranique* est assez difficile. La plupart des auteurs, et notamment MM. Peltier et Bousquet¹ ne tiennent pas compte de l'étymologie des mots arabes. Il ne faut pas perdre de vue que la langue arabe est très difficile et est normative ; la variation des règles grammaticales y est presque infinie : ainsi on traduit généralement le mot « *el meçakin* » par « *pauvres* ». Cela ne nous semble pas entièrement exact. Pauvre correspond plutôt au mot arabe : *el fukerâa*. Le mot « *meçakin* » dérive de : *sekenet*, *Jeskun*, *iskan*, *meskine*, *mekene*, *mesakine*, qui veut dire : ceux qui sont *sédentaires*, ceux qui sont *fixés* quelque part, et dans le sens figuré ceux *qui sont privés de vitalité* et *qui sont à la charge des autres*. Ainsi traduit ce verset coranique apporte un argument précieux à notre thèse sur la qualité successorale des « *furds* ». Nous voyons ici le prophète recommandant de donner quelque chose à ceux qui, à cause de leur âge ou de leur sexe, ne sont pas à même de subvenir à leurs besoins.

De même le mot « *Ekreboun* » employé par le verset cité ne signifie pas « *parent* », car parent peut s'entendre d'un degré très éloigné. Ce mot qui dérive de *Kariboun* signifie *proche* et c'est sans doute dans ce sens qu'il est employé par *Mahomed* qui voulait avant tout que les proches parents ne soient pas éloignés de la succession.

Enfin les mots « *Farez Khoum* » que nous avons traduit par *donnez* n'ont pas tout à fait ce sens. Ces mots interprètent en réalité un dogme fondamental de l'*Islam* selon lequel la part de chacun est fixée par le destin. C'est pourquoi *celui qui en mourant donne leur part aux personnes indiquées par le Coran, ne fait pas un acte purement volontaire*

1. Op. cit., p. 110.

et spontané, mais accomplit en réalité un acte prédestiné. En d'autres mots d'après la conception musulmane dans le verbe « donnez » il y a déjà l'idée d'obligation.

Nous avons insisté un peu longuement sur ce verset parce qu'il constitue une première réforme bien timide encore de *Mohamed*. On peut en rapprocher ce *hadiths* : « *Fais-les retourner contents au moins avec la moitié d'une datte* ». En réalité le prophète adjure son peuple de laisser quelque chose aux proches parents, mais sans déterminer quels sont ces proches et quelle est leur part.

Une deuxième étape de la réforme du prophète nous apparaît dans le *verset* 4. Verset 180.

En voici la traduction ;

« *Quand la mort est près de vous, si vous laissez des biens, testez en faveur de vos père et mère (el validine) et de vos proches quelque chose de convenable.* »

Au sujet de la traduction exacte de ce texte nous devons signaler une erreur de M. Marçais. D'après lui ce verset ordonne aux croyants d'assurer par testament une part de leurs biens à leur mère¹. Or le mot *el validin* (du mot *veledun* qui signifie engendrer) doit être traduit par les engendeurs : père et mère.

De même nous ne sommes pas de l'avis de M. Marçais qui estime que le « *sourat* » a été révélé presque entièrement vers l'an II de *l'Hedjire*. Nous croyons au contraire que les *versets* que nous venons de citer ont été révélés à la *Mecque* au temps où l'Islamisme était encore en germe. La preuve en est que Mohamed n'a pas osé pousser sa réforme trop loin. Il se contente de demander aux nouveaux convertis qu'ils

1. Op. et loc. cit.

laissent quelque chose de convenable à leurs père et mère et à leurs proches mais sans déterminer ni l'assiette, ni la quantité. Ce n'est qu'après trois ou quatre ans, et surtout après la réception de plusieurs plaintes, que Mohamed formula plus nettement et plus courageusement ses idées dans le *verset* 12.

Telle fut la méthode du prophète : agir avec prudence, ne pas effrayer les Arabes en leur demandant à la fois plusieurs sacrifices, enfin atteindre ses fins par étapes régulières¹.

Quoi qu'il en soit au terme de cette évolution nous rencontrons les textes formels dans lesquels en termes impératifs la part des parents « fards » est minutieusement décrite. Mais l'opposition des Arabes ne désarma pas immédiatement même en présence de ces commandements solennels.

Liés par les prescriptions dont nous avons montré la force obligatoire, les Arabes se voyaient souvent contraints de laisser la plus grande partie de leurs biens aux femmes ou aux parents par les femmes. Cela allait à l'encontre des coutumes les plus vieilles en Arabie. Et les nouveaux convertis ne s'y plièrent qu'après une vive résistance. Pour pouvoir se soustraire aux lois successorales nouvellement imposées qui contrariaient et leurs sentiments et leurs traditions les Arabes commencèrent de favoriser les *acebs* par testament. Par ce moyen ils étaient sûrs d'arriver au but poursuivi car le Coran dispose expressément : « après avoir exécuté le contenu du testament. »

Contre cette pratique Mahomed a dû réagir sous peine de voir les dispositions coraniques désobéies d'une manière

1. Il faut remarquer ici une chose curieuse. En droit romain le régime successoral a constamment évolué en s'adaptant aux changements sociaux, économiques ou moraux. En Arabie au contraire son évolution s'arrête avec les réformes du Coran. — Cela vient de ce que ces réformes sont réalisées par des révélations divines. Elles cessent presque avec la disparition du prophète.

détournée. Il l'a fait d'abord par le « *sounnet* » c'est-à-dire l'usage prophétique qui constitue comme on le sait la deuxième source du droit musulman. Or il est reconnu que le « *sounnet* » du prophète fixe la part disponible par testament aux tiers des biens laissés. Puis, devant la résistance des convertis, Mahomed a dû énoncer cette règle formellement dans un *hadiths* bien connu de tous les auteurs de droit musulman : « Il ne vous est pas permis de léguer plus du tiers de vos biens ».

Certes, on sait que les *hadiths* du prophète n'ont pas une valeur obligatoire aussi formelle que les *versets* du livre révélé. Mahomed lui-même a légué seulement le tiers de ses biens et cet usage se trouverait confirmé dans un texte du Coran ainsi conçu : « *celui qui interviendra entre le testateur et le légataire, si le but de son intervention n'est autre que la crainte et l'inquiétude que le testateur n'ait dépassé ce qui est le droit ou ne se soit éloigné de l'équité, ne commet aucun péché — Dieu est miséricordieux*¹ ». On peut parfaitement interpréter ce texte comme se rapportant au *sounnet* suivant lequel la part disponible par testament est réduite au tiers du patrimoine.

Réduite ainsi au tiers de la fortune, la faculté de faire du legs pouvait-elle tout au moins être employée à favoriser les *acebs*. C'est la question bien controversée de savoir si les legs adressés aux héritiers sont valables d'après la loi islamique.

Nous nous trouvons pour cette question devant un désaccord absolu entre les diverses écoles musulmanes.

D'après le rite Malékite le legs aux héritiers serait nul. Il s'appuie sur un verset du Coran ainsi conçu (37.4)... *à chacun nous avons donné des dévolutaires pour les biens laissés en*

1. Le Coran (trad. Ossman Rachit). Sourat 2. Bekret — les vaches et les bœufs — verset 182.

succession par les pères, les mères, les proches et ceux avec lesquels vous avez conclu un pacte. Donnez-leur donc leur portion; toutes choses sont à Dieu. Dieu est témoin ». Ce texte n'étant pas très clair, *Mohamed* a dû l'expliquer dans un *hadiths* destiné à mettre fin à la pratique arabe de gratifier par testament les *acebs* au détriment des *fards*. Voici les termes de ce *hadiths*, d'après la doctrine malékite¹ : « Dieu a donné à chacun la part qui lui revient, il n'y aura pas de legs en faveur d'un héritier ». — M. Pesle² nous dit que les derniers termes de ce *hadiths* sont devenus un adage populaire « pas de legs à l'héritier ». — M. Zeys déclare aussi que l'attribution d'un legs à un héritier est une cause de caducité du legs³.

Remarquons que ce *hadiths* du prophète ne fait aucune distinction entre les héritiers *acebs* et *fards*, mais il est certain que pratiquement il visait de mettre un frein aux libéralités adressées aux premiers au détriment des derniers.

Le rite *chiite* ne suit pas sur ce point le *hadiths* prophétique. Il invoque en faveur de la liberté de tester au profit des héritiers un autre texte coranique dont le sens est parfaitement clair. Voici ce verset que nous avons déjà cité (180-2 *el-bakara*-la vache). « *Quand vous êtes près de la mort, testez quelque chose de convenable pour votre père, mère et vos proches. Si vous laissez des biens, c'est là un devoir pour ceux qui sont croyants* ». Les juristes chiites pensent qu'il est parfaitement possible de tester au profit de ses héritiers.

Quoi qu'il en soit de ce point controversé, il faut cependant remarquer avant de conclure ce chapitre que, malgré toutes les règles protectrices que le Coran a pu prendre au profit des *fards*, leur part successorale dépend toujours en grande partie

1. M. O. Pesle. Le testament dans le rite Malékite, p. 27.

2. Op. et loc. cit.

3. Op. cit., p. 220.

du bon vouloir du père de famille qui peut sans restriction faire des donations entre vifs ou instituer « *houbous'* ». Ajoutons aussi qu'un autre danger existe pour les fards aussi bien que pour les acebs, ce sont les dettes du défunt. Nous savons que d'après les textes coraniques, le partage des biens ne s'effectuera qu'après les déductions nécessaires au paiement des dettes. Or rien n'empêche le défunt d'épuiser de cette façon indirecte toutes les ressources de son patrimoine.

Les acebs et les fards, telles sont donc les personnes ayant qualité pour se partager le patrimoine du défunt. Mais pour avoir une idée complète en cette matière, il faut mentionner l'existence plus ou moins généralement admise de deux autres catégories de personnes appelées éventuellement à la succession.

1° Ce sont tout d'abord les *zui-el-ehrams* ou parents par les femmes. La vocation successorale de ces personnes n'a été admise que par le rite *Hanéfite*. Elles sont appelées lorsque le défunt ne laisse ni fards ni acebs. Il semble bien que leur vocation ne s'explique que par le désir d'empêcher que la succession ne soit recueillie par le Boit-eb-Mal, le Trésor public.

2° Les personnes ayant conclu avec le défunt un *pacte successoral*, sorte d'institution contractuelle réciproque, ont également une vocation héréditaire. Mais ce point est très controversé. Nous croyons qu'il serait intéressant d'en donner ici un bref aperçu.

Le Coran contient une disposition qui ne semble laisser aucun doute sur l'existence de la validité du pacte successoral. Nous lisons, en effet, dans *verset* 32, ch. 5 *soura Ennissa* :

1. Voir intro.

« Nous avons désigné à chacun les héritiers qui doivent recueillir la succession laissée par les père et mère, par les parents et *par ceux avec lesquels vous avez formé un pacte.* »

Au sujet du pacte successoral, deux questions se sont posées : A). Quelle est *l'origine* ou la raison d'être de cette convention ? B). Est-elle toujours valable, licite, en présence des autres dispositions coraniques qui semblent exclure de la succession toute personne n'étant pas rattachée au défunt par un lien de parenté naturelle?.

A). Relativement à la première question, M. KAIZIM ZIA¹ écrit : « Le prophète n'avait accordé le droit de se succéder qu'à ses disciples qui l'avaient suivi lorsqu'ils s'était réfugié de La Mecque à Médine et qu'on a appelé « Mouhadgirin » — « Emigrés ». Ce principe fut élargi par la suite au profit de tous les musulmans. »

Cette explication nous semble en contradiction avec une règle fondamentale de l'Islam d'après laquelle tous les musulmans, sans distinction d'origine, sont frères. Mohamed ne pouvait pas créer un droit spécial pour ses citoyens mecquois.

Nous trouvons d'ailleurs la preuve de cette affirmation dans le passage suivant de M. LUTFULLAH FIKRI² qui s'appuie sur l'autorité d'EBULFEDDA, IBNI ISHAK et FARABI.

« Dans la première année de *l'Hégire*, à *Médine*, il y avait parmi les musulmans deux partis, les Ensars — ce sont les auxiliaires médinois du prophète — et les *Mouhadjirin* — les émigrés mecquois. Bien que l'Islamisme les eût mis en état de fraternité, la possibilité d'une mésentente n'était pas complètement écartée. C'est pour cette raison que l'on a ordonné que chaque médinois se choisisse un frère parmi les Mecquois. La

1. Droit de succession musulmane ab intestat en Turquie. Thèse Lausanne 1902, pp. 42-43.

2. Op. cit., pp. 219-220.

fraternité ainsi faite donnait à chaque contractant tous les droits qui devaient découler de ce pacte de fraternité. A cette occasion, le prophète a choisi son cousin *Ali* comme son frère¹.

Quoiqu'il en soit, tous les auteurs semblent admettre que le pacte de fraternité était en Arabie une institution traditionnelle. Nous savons en effet que *Mohamed*, en attendant la révélation divine, continuait d'observer les vieilles coutumes médinoises ou mecquoises préislamiques².

Il est donc permis de supposer que la succession conventionnelle était pratiquée à l'époque Djahiliyye.

B). La validité en droit islamique du pacte successoral n'est pas admise par tous les auteurs. On considère en général que la disposition coranique visant ce pacte a été abrogée implicitement par les autres versets de la Soura Ennissa. A cet égard, M. KAZIM ZIA écrit³ : « Il est incontestable que ces règles ont existé au début du règne de *Mohamed* et ont été appliquées par lui. Mais on ne sait si elles n'ont pas été abolies par la suite, sans pourtant l'avoir été par des lois professant des principes nettement contraires. « Et l'auteur nous apprend qu'il existe à ce sujet un désaccord entre les différentes écoles juridiques musulmanes : les écoles *Chafi*, *Hambali* et *Malékite*, repoussent la succession conventionnelle comme abrogée par la force des choses et par les lois ultérieures qui, toutefois, ne sont pas assez explicites. L'école *Hanéfite* au

1. Il faut noter que ce pacte par lequel Mohamed désigne Ali comme son frère et successeur, se trouve à l'origine de la divergence qui existe entre le rite chiite et les quatre autres rites musulmans. Le premier se basant sur cette fraternité et sur les grands services rendu par Ali à l'Islamisme, considèrent que légitimement et logiquement, Ali doit être considéré comme premier Calife de l'Islam et non pas comme quatrième. Selon les chiites, Mohamed a confirmé sur son lit de mort cette désignation d'Ali comme successeur.

2. Cf. le livre Menhedjussadékin.

3. Op. et loc. cit.

contraire n'admet pas cette manière de voir et valide toute convention successorale, à condition que les contractants se conforment aux prescriptions de la loi en cette matière.

A notre avis, il n'est pas possible de soutenir qu'un texte du *Coran* a été abrogé par un autre. Ce serait ignorer le caractère des lois coraniques et du point de vue musulman encourir la colère de Dieu. D'autre part, le pacte successoral n'est pas, à notre avis, incompatible avec le système général en matière successorale islamique. Nous savons en effet que s'il est interdit au défunt de disposer de la totalité de ses biens par acte à cause de mort, les actes de disposition entre vifs sont valables sans restriction. Certes, le croyant qui prive ses héritiers de ce qui doit leur revenir, en donnant tous ses biens à un étranger, commet un acte qui ne serait pas approuvé par la morale. Mais aucun principe ne s'oppose à ce qu'un musulman conclue un pacte successoral au cas où il n'aurait pas d'héritiers.

Nous connaissons maintenant toutes les personnes qui, soit en droit romain, soit en droit islamique et anti-islamique, possèdent la vocation successorale. Il nous faut étudier dans le titre suivant les différentes règles de dévolution et de partage.

TITRE II

RÈGLES DE DEVOLUTION ET DE PARTAGE.

L'ordre dans lequel les héritiers *ab intestat* étaient appelés à la succession du défunt est indiqué d'une façon parfaitement claire dans la loi des XII Tables :

Ce sont tout d'abord les *sui heredes*, c'est-à-dire les descendants et assimilés (femme, loco filiae; loco neptae). Dans cet ordre les Romains admettent la *représentation*. Le partage se fera par portions égales entre les héritiers du même degré, par souches, au cas de représentation.

En l'absence d'héritiers siens, la succession est dévolue à l'agnat le plus proche, c'est-à-dire à l'époque classique aux collatéraux jusqu'au degré de cousin germain. Nous savons que d'après certains auteurs l'agnatus proximus à l'époque de l'ancien droit ne désignait que les consanguins, c'est-à-dire les frères et sœurs. Dans l'ordre collatéral la représentation n'est pas admise; le collatéral le plus proche exclut tous les autres. De même il n'y a pas de dévolution de degré à degré; si le proximus refuse l'hérédité, celle-ci n'est pas dévolue aux héritiers plus éloignés mais passe aux gentiles. — En cas de pluralité de collatéraux à égalité de degré, le partage se fait par tête.

En résumé on constate en droit romain une triple exclusion : les descendants (ou assimilés) excluent les collatéraux; les collatéraux proches excluent les autres; enfin dans chaque

ordre, l'héritier du degré le plus proche exclut les autres sous réserve de la représentation admise en faveur des descendants « sui. »

On peut se demander si tel a été le régime dans le très ancien droit romain. Nous ne le pensons pas. Le fonctionnement des règles successorales des XII Tables supposent déjà, un relâchement des liens de la solidarité familiale et la disparition de la propriété collective. Or nous savons que tel n'a pas été le régime originaire. Mais avant de développer cette hypothèse, nous voudrions exposer l'état de cette question en Arabie préislamique, ce qui nous fournira un argument d'analogie pour le droit romain à cause de la ressemblance que nous avons constatée, de la structure sociale et économique des vieilles civilisations romaines et arabes.

En Arabie préislamique la dévolution de la succession aux *acebs* se faisait d'une manière tout à fait différente de celle que nous venons de voir fonctionner à Rome à l'époque des XII Tables. Les biens du défunt n'étaient pas attribués à telle ou telle personne ou catégorie de personnes, mais revenaient à tous les membres de l'« *akila* », c'est-à-dire à *tous les acebs*. C'est la famille tout entière qui héritait et il ne pouvait être question de l'exclusion d'un membre quelconque (la question du droit successoral des femmes, qui ne font pas partie de l'*akila*, étant toujours réservée). Cette aptitude successorale collective des membres de l'*akila* résulte de la solidarité familiale dans les guerres privées.

Nous trouvons un précieux témoignage à l'appui de cette règle, dans le livre d'Abou Dawit où sont rapportés les « sunnets » au prophète : Voici ce que nous y lisons¹ : « A l'époque

1. Abou Dawit. Kitabu essunnet. (Le livre des traditions prophétiques), p. 11 à 13.

où le prophète était à *Médine*, un homme de la tribu *Hoza* meurt sans laisser d'héritiers et probablement n'ayant pas eu le temps de faire son testament. Le prophète ordonne alors que l'on attribue la succession de cette personne à l'homme le plus âgé, ou aux deux hommes les plus âgés de la tribu *Hoza*. »

Cet état du droit successoral a laissé des vestiges même sous le Coran et notamment dans le verset 9 de la *Soura Ennissa*. Ce verset ne peut s'expliquer autrement que comme une survivance du droit successoral appartenant collectivement à tous les membres de la famille, antérieurement à l'Islam. En voici les termes : ... « Distribuer quelque chose du « patrimoine aux *proches* qui assistent au partage. »

De quels « proches » est-il exactement question dans ce texte ? Cela ne peut pas concerner les parents dont la vocation successorale a été formellement consacrée par le Coran — les « *fards* ». En effet la plupart des docteurs musulmans considèrent que ce verset n'a jamais eu la valeur d'une prescription d'ordre formel mais bien plutôt le caractère d'une simple recommandation¹. Or il n'y a pas lieu à une pareille recommandation au profit de parents dont l'aptitude successorale est strictement sanctionnée par le livre saint. Le verset 9 est donc un souvenir de l'époque antérieure où tous les membres de la famille prenaient part au partage des biens.

D'après quelles règles s'effectuait alors le partage ? Il ne saurait y être question d'un fractionnement de la fortune au quote-part. Il faut en effet tenir compte de l'état de fortune d'une famille arabe en ces temps lointains. Les objets précieux et les métaux n'existent pas ou sont très rares. L'avoir familial consistait principalement en animaux de travail, outils

1. Quelques docteurs émettent une opinion plus hardie en soutenant que ce verset a été implicitement abrogé par les autres prescriptions coraniques.

agricoles, armes, une ou deux maisons d'habitation et quelques champs de palmiers. Le partage d'un patrimoine ainsi composé ne saurait donner à chacun qu'une part absolument insuffisante pour vivre d'une manière indépendante. C'est pourquoi, rester dans l'indivision était à la fois économique et nécessaire. Tout au plus le chef de famille procédait-il à la distribution de quelques objets en tenant compte des aptitudes, des besoins, ou de la situation particulière des membres de la famille. On donnait les armes à ceux qui étaient les plus aptes à s'en servir, les bijoux aux jeunes fiancées, le cheval au meilleur cavalier.... Ce n'est que bien plus tard que le véritable partage apparaîtra avec l'accroissement de la fortune arabe. Son introduction définitive est l'œuvre de l'Islam qui, pour les raisons que nous avons déjà données, était farouchement hostile à toute idée de solidarité familiale ou de propriété collective.

Ainsi donc une opposition marquée existe entre le système héréditaire des XII Tables, — qui comporte une dévolution par ordres et par degrés et qui aboutit à un partage par tête ou par souches, — et les coutumes successorales de la vieille Arabie. Mais justement les considérations économiques et sociales que nous venons de faire pour l'époque préislamique peuvent parfaitement valoir pour Rome si on remonte antérieurement à l'époque des XII Tables, aux origines même de la cité. Nous savons que les premiers romains étaient agriculteurs et que la fortune d'une famille romaine était composée de peu d'objets mobiliers, principalement, les outils et les animaux de travail. La terre était certainement sous l'empire de la propriété collective. Comment, dès lors, admettre que les règles de partage qui apparaissent dans les XII Tables aient été originaires?

A la vérité plusieurs juristes romains reconnaissent que

la nature particulière de la vocation des *sui heredes*, s'expliquent par l'idée de *copropriété familiale*. Est bien connue la phrase de Gaius (2.157). « Sed sui quidem heredes « ideo appellantur quasi domestici heredes sant et vivo « quoque patre quodammodo domini existamantur ». Les juristes modernes sont tous d'accord sur ce point : l'appellation même de *heredes sui* ou *sui*, c'est-à-dire héritier de soi-même, nous indique clairement que la vocation héréditaire des descendants se trouve dans l'état de copropriété familiale qui a dû exister aux origines de Rome.

Mais alors il devient évident que les règles de dévolution successorales par ordres et degrés ne représentent pas l'état primitif de la coutume romaine. Si le patrimoine familial est collectif, la vocation héréditaire l'est également.

Dans son cours de doctorat M. Noailles conteste même que les descendants aient mérité toujours le titre d'héritier. — Pour le savant professeur la qualité de copropriétaire exclut celui d'héritier. Seule la personne instituée par testament, investie du pouvoir souverain du chef, est véritablement héritier. L'auteur croit que l'appellation de *heres* attribuée par la loi des XII Tables aux descendants vient du fait que dans la plupart des cas c'est l'un des fils que le pater désignait comme héritier dans son testament. — Une confusion se serait donc opérée entre sa qualité de copropriétaire et celle d'héritier, confusion consacrée par la loi des XII Tables qui accorde aux descendants le titre d'héritier.

Nous n'entendons pas intervenir dans cette controverse qui est hors de notre sujet et au-dessus de nos connaissances. La seule chose que nous voulons en retenir, c'est le fait unanimement admis que le partage de la succession entre les *sui* ne représente pas l'état primitif de la coutume romaine. Dans le très ancien droit les membres de la famille restaient unis à

la mort du pater dans une espèce de société, le *consortium familial* : la succession avait par conséquent un caractère collectif.

Mais peut-on considérer que dans cette indivision familiale figuraient non seulement les descendants, mais aussi les collatéraux et que par conséquent la vocation successorale appartenait collectivement au groupe des agnats de même qu'en Arabie elle appartenait aux *acebs* formant le groupe *akila* ! C'est là une question plus difficile à résoudre, car d'après la loi des XII Tables l'aptitude héréditaire de l'*agnatus proximus* semble bien différente de celle de l'héritier sien. — Nous savons en effet que la loi des XII Tables n'emploie pas la même formule à l'égard de ces deux catégories d'héritiers. Elle appelle ceux qui étaient sous la puissance du *de cujus*, *heredes sui*, et se contente pour les collatéraux de la formule : *agnatus proximus familiam habeto*. Les premiers seuls sont héritiers nécessaires, les autres ne le deviennent que par l'*aditio*.

Cette différence résultant des termes même de la loi a été interprétée par la plupart des auteurs comme marquant une différence de fondement de la vocation de nos deux catégories d'héritiers. Le *suus* seul serait un véritable héritier, son droit découlant de l'ancienne copropriété familiale ; l'*agnatus proximus* prendrait la *familia* par droit d'*occupation* pour que les biens ne tombent pas en déshérence¹.

Nous ne pouvons pas partager cette manière de voir. Il ne faut pas oublier que les collatéraux avaient été du vivant du pater *copropriétaires* des biens, et il est difficile d'admettre que le souvenir de cet état se soit perdu en un laps de temps si court. Ce que nous avons dit de l'organisation familiale

1. Noailles. Cours 1935-36, p. 182, et les auteurs cités.

romaine primitive, nous permet de supposer que les *alieni juris* ne sortaient pas nécessairement de la famille à la mort du chef. Le groupe familial continuait donc sous l'autorité d'un nouveau chef qui pouvait être un des *frères* du défunt, s'il était le plus apte à exercer cette fonction. On peut donc conclure que dans le très ancien droit romain la succession était dévolue au groupe familial tout entier et que sur ce point une grande analogie existe avec les coutumes arabes antérieures à l'Islam. Cet état de choses à pris fin à Rome avec la destruction de la gens, avec le partage des terres, bref avec le développement de l'individualisme.

En Arabie un phénomène analogue s'est produit sous l'influence de l'enseignement de Mahomed. Le développement de l'individualisme, y conduisit à un bouleversement complet des règles de dévolution successorale.

Nous connaissons déjà les principales idées du prophète : ramener la parenté sur une base naturelle, protéger les faibles, détruire le vieil esprit de solidarité des membres de la famille, supprimer la propriété collective. Ces idées ont guidé la jurisprudence et la doctrine musulmanes dans l'élaboration des nouvelles règles de dévolution. Mais les vieilles coutumes auxquelles les Arabes étaient si profondément attachés n'ont pas été sans influencer cette œuvre. Le résultat auquel aboutit tout cet effort d'interprétation et d'adaptation est d'une extraordinaire complexité. Rien n'est plus loin de l'architecture simple et logique de la loi romaine. Pour savoir quel est le rang et quelle est la part de chaque héritier en droit islamique on est obligé de consulter les vastes tableaux dressés par les auteurs spécialisés dans la matière des successions. Ces tableaux contiennent l'énumération d'innombrables cas particuliers et exposent sans méthode bien définie les questions les

plus diverses : rang de l'héritier, sa quote part, le concours avec d'autres héritiers. Il s'en faut de beaucoup que toutes ces listes soient identiques, des variantes importantes subsistent entre les différentes écoles musulmanes. Il ne saurait donc être question et les exposer ici par le détail. Nous nous contenterons d'en dégager les grandes lignes.

La vocation héréditaire en droit musulman découle de trois sources, d'après les différents docteurs. Ce sont : *la parenté*, *l'alliance*, *le patronage*. Remarquons tout de suite que nul auteur islamique ne rattache l'aptitude héréditaire à l'idée de copropriété familiale, cela à cause de l'hostilité bien connue du prophète envers cette idée. A Rome, au contraire bien des siècles après la disparition de la propriété collective, Gaïus et Paul y font encore allusion pour justifier le droit des *sui*. — En réservant pour l'instant la question de la succession découlant du lien de patronage, les parents et alliés successibles sont divisés en deux grandes classes, les *acebs* et les *fards*. Ces derniers sont des héritiers à *part fixe*, les premiers sont des héritiers *universels*, c'est-à-dire ayant une vocation à totalité de la succession. Au cas où le défunt laisserait un ou plusieurs héritiers « fards » auxquels le Coran attribue un tiers, un quart... de la succession le reste du patrimoine serait recueilli par les « acebs » dans un certain ordre.

La vocation universelle de ces héritiers est en droit musulman la caractéristique même de la qualité d'*aceb*. Le sens primitif de ce mot semble s'être perdu. Nous avons vu que le mot *aceb* évoque l'idée de puissance et que l'on doit y voir seulement les parents mâles par les mâles. Or dans les ouvrages de droit musulman nous voyons attribuer le nom d'*aceb* à certains héritiers qui ne correspondent pas à cette notion.

L'affranchi, ou le *trésor public* (*boit-el-mal'*) sont appelés à la succession en qualité d'*acebs*, et cela signifie simplement qu'en l'absence de parents ils ont une vocation universelle à recueillir l'héritage. Mieux encore, les docteurs musulmans ont créé deux catégories d'*acebs* où ne figurent que des femmes : *l'aceb avec un autre* et *l'aceb par un autre*. Ici la qualité d'*aceb* dépend des personnes avec lesquelles l'héritier se trouve en concours, et signifie que dans certains cas ces personnes, qui n'ont en principe droit qu'à une part fixe, auront exceptionnellement la qualité d'héritiers universels.

Voici ce que nous dit à cet égard M. Guiraud disciple de L. Machuet dans son livre sur la Jurisprudence et la Procédure musulmane (p. LVIII).

« Les héritiers se divisent en deux grandes classes : 1^o les héritiers légitimaires, ou réservataires², ou encore à portion légale ; 2^o les héritiers agnats ou universels communément appelés *acebs*. Les légitimaires ou réservataires sont ceux auxquels la loi affecte une part déterminée de la succession. Les agnats ou universels sont ceux qui héritent de la totalité de la succession après prélèvement des parts affectées aux réservataires. Les universels peuvent prendre part à la succession par voie paternelle ou par voie de patronage. Héritant par la première voie, ils peuvent être *universels par eux-mêmes*, c'est-à-dire n'héritant pas obligatoirement, concurremment avec un autre héritier et étant indemnes de liens féminins, ou *universels par un autre*, c'est-à-dire héritant avec un autre héritier, mais pouvant hériter seuls de la totalité de la succession, ou *universels avec un autre*, c'est-à-dire héri-

1. L'école chiite ne reconnaît pas le droit successoral de Boit el-Mal si le défunt laisse des « fards ».

2. Nous avons critiqué ci-dessus ces qualifications données aux héritiers « fards ».

tant avec un autre héritier, mais ne pouvant en aucun cas hériter seuls de la totalité de la succession. »

Sous le bénéfice de ces remarques, indiquons maintenant les différents ordres d'héritiers en droit islamique. Nous utiliserons à cet effet les renseignements fournis par M. Guiraud dans l'ouvrage cité.

I. — En premier lieu, un prélèvement sera opéré au profit des héritiers *Fards*. Nous avons indiqué dans le titre précédent quels sont les fards et nous ne reviendrons pas sur ce point. Il faut ici remarquer simplement que les différents héritiers à part fixe viendront le plus souvent en concours les uns avec les autres, à la différence des *acebs* ou des héritiers romains qui, étant répartis par ordre, les proches excluent les autres. Cette originalité des règles de dévolution aux « *fards* » s'explique par la nature particulière de leur titre : ce ne sont pas à proprement parler des héritiers, mais plutôt des créanciers d'aliments de la succession, il est donc tout à fait naturel qu'ils viennent réclamer chacun leur droit.

Quoiqu'il en soit, après avoir effectué tous les prélèvements *des fards*, le restant de la succession est dévolu aux *acebs* dans un certain ordre qu'il nous faut maintenant indiquer. Mais rappelons ici que la même personne peut parfaitement appartenir aux deux catégories d'héritiers et cumuler ainsi sa portion fixe avec la fraction lui revenant en tant qu'*aceb*.

II. — Les *acebs proprement dits* sont ainsi répartis :

Dans l'ordre descendant : le fils, puis le fils du fils..., etc. — A défaut de descendants en ligne masculine, la succession est dévolue au père, au père du père..., etc. — A leur défaut sont appelés les frères germains et consanguins et leurs descendants mâles. — Viennent ensuite dans un 4^e ordre l'oncle

germain ou consanguin et leur fils.... Les auteurs musulmans s'accordent pour dire que cette liste n'est pas limitative.

Remarquons la ressemblance de cette répartition par ordre au système de l'ancien droit coutumier français¹. Les parents — dans le lignage — étaient répartis en quatre catégories : 1° en ligne directe en montant; 2° en ligne directe en descendant; 3° les deux autres catégories sont en ligne collatérale, l'une partant du frère ou de la sœur, l'autre de l'oncle ou de la tante.

Dans chacun des ordres acebs, l'héritier le plus proche exclut les autres : le fils exclut les petits-fils, etc.... En d'autres mots la *représentation n'est pas admise* dans la catégorie des acebs. C'est là un trait original de l'Islam qui s'explique sans doute par l'hostilité du prophète à l'idée de continuité de la personne du défunt : le représentant venant en effet à la place du père prédécédé.

Si les héritiers acebs sont dans le même ordre et au même degré le partage se fait à égalité entre eux. Cependant signalons une règle originale du droit islamique : *le privilège du double lien*. Les parents qui se rattachent au défunt par la ligne paternelle et maternelle passent avant ceux qui ne lui sont unis que par la ligne paternelle. Par exemple le frère germain exclut le frère consanguin.

III. — Les docteurs musulmans reconnaissent la qualité d'*aceb*, c'est-à-dire d'héritier universel à la fille, la petite-fille (fille du fils) et à la sœur germaine du consanguin du défunt, lorsqu'elles se trouvent en concours avec un héritier mâle du même degré de parenté : ce sont les *acebs par un autre*. Mais en ce cas, conformément aux prescriptions coraniques, la part de l'homme est double à celle de la femme.

1. Zeys, op. cit., p. 259.

Il est assez incompréhensible que ces femmes qui sont des héritiers « fards » deviennent par le fait de la présence de certains acebs, héritiers universels. Mais il serait vain d'en chercher l'explication chez les auteurs arabes. « Dieu est le plus savant » s'écrient les musulmans quand ils sont en présence d'un problème dont la solution leur échappe complètement.

IV. — Il existe enfin une autre catégorie d'héritiers les acebs *avec un autre* : ce sont les deux sœurs du défunt (germaine et consanguine) venant en concours avec la ou les filles au premier degré du défunt ou avec la ou les filles du fils du défunt.

On remarque la différence entre les acebs par un autre et les acebs avec un autre. Dans le premier cas les femmes se trouvent en concours avec un véritable aceb. Dans le deuxième au contraire seules des femmes sont en présence.

Nous devons maintenant faire l'observation suivante : ni parmi les « fards », ni parmi les « acebs » on ne rencontre des parents se rattachant au défunt par les femmes. Certaines écoles musulmanes ont cependant essayé de combler cette lacune. D'après le rite hanéfite et le rite chiite une certaine vocation successorale est reconnue à des parents hommes ou femmes, à des degrés plus ou moins éloignés, rattachés au défunt par un lien féminin. On les appelle les « Zui-el-ehrams. »

Enfin une dernière catégorie d'acebs, appelés à la succession, en l'absence de tout autre parent, est la catégorie des *affranchis*. Nous croyons utile de donner incidemment quelques renseignements sur la question de l'esclavage en Arabie.

L'existence de l'esclavage est certaine pour l'époque préislamique. Mais après la réforme coranique la légitimité de cette institution pourrait sembler douteuse. L'esclavage est certainement contraire au principe d'égalité des croyants proclamé par Mahomed. Comment admettre qu'un croyant puisse être l'esclave d'un autre croyant? Malgré cela, le prophète a été obligé d'admettre l'esclavage comme une nécessité. En effet d'innombrables esclaves étaient passés à l'Islamisme. Si on avait immédiatement appliqué le principe de l'égalité des croyants tous ces esclaves convertis auraient dû être affranchis. Il est facilement compréhensible qu'un tel bouleversement social et économique n'était pas immédiatement réalisable. Dans le Coran même nous avons plusieurs témoignages qui montrent que l'esclavage était admis.

Verset 23, chap. 4. — Il vous est défendu de vous marier avec les femmes mariées, mais vous pouvez vous marier avec vos esclaves.

Dans le verset 92, chap. 5, le Coran recommande : « *si par erreur vous avez tué un croyant, affranchissez l'un de vos esclaves et payez la composition légale à la famille de la victime.* »

En Arabie préislamique comme à Rome l'esclave n'a aucune personnalité juridique. En Islam cependant sa situation est beaucoup améliorée, l'esclave est sous la protection du Cadi et de la Mosquée. S'il subit une tyrannie de son maître, il peut porter plainte et le Boit-el-Mal doit le racheter

Tout ce qu'il acquiert par son travail passe sur la tête de son maître, car il ne peut rien posséder à son nom. Mais en droit musulman il a le droit de contracter mariage légitime, comme l'esclave romain à l'époque du Bas Empire par l'influence de l'Eglise.

A Rome, comme en Islam les affranchis sont liés à leur patron par un lien de parenté artificielle. Cette parenté est élevée dans la législation musulmane au rang d'aceb. A Rome comme en Islam si les affranchis ne se sont pas créés par mariage ou adoption une famille, c'est leur patron qui recueille à leur mort les biens laissés¹. Si le patron est prédécédé ce droit passe à ses héritiers. Dans le rite *Hanéfit* le patron de l'affranchi est considéré aceb des enfants de ce dernier mais à condition que leur mère ne soit pas une femme libre.

La différence essentielle entre le droit romain et le droit musulman et même la coutume préislamique réside dans le fait que les droits de succession entre patron et affranchi ne sont pas réciproques à Rome. L'affranchi n'a aucun droit à la succession de son patron. En droit musulman, au contraire il existe une parfaite réciprocité de droit successoral entre le patron et l'affranchi. Mais le premier peut en toute circonstance annuler le droit de successibilité de l'affranchi. Ajoutons enfin qu'en droit musulman un esclave peut avoir été affranchi par deux ou trois patrons. En ce cas à sa mort son patrimoine sera partagé entre les différents patrons.

En droit musulman le droit de patronage se transmet comme tous les autres droits suivant l'ordre et le degré. Mais cette transmission ne va pas jusqu'au *Boit-el-Mal*.

Telles sont les différentes personnes appelées à la succession à titre d'agnats ou d'acebs. Si le défunt meurt sans agnats à Rome ou sans acebs en Arabie que deviendra son patrimoine ?

D'après la loi des XII Tables la succession est alors déferée aux *gentiles*. — En droit musulman c'est le *Trésor public*

1. D'après Ulpien (29-1) c'est la loi des XII Tables qui a posé cette règle.

qui est appelé en qualité d'aceb, mais il semble bien qu'en Arabie préislamique comme dans l'ancien droit romain les biens du défunt sont alors dévolus à la tribu ou tout au moins à certains membres de sa tribu. Quoiqu'il en soit le droit classique romain et le droit islamique ignorent la vocation successorale de la gens ou de la tribu, c'est pourquoi nous les étudierons dans le titre suivant plus spécialement consacré à la succession romaine et arabe aux époques primitives.

TITRE III

RÈGLES SUCCESSORALES PROPRES AUX VIEILLES COUTUMES PRÉISLAMIKES ET ROMAINES

Ce titre comportera deux chapitres. Nous consacrerons le premier à l'étude de la succession de la tribu et de la gens. Le deuxième aux droits de succession des femmes.

CHAPITRE PREMIER

LA SUCCESSION GENTILICE ET CELLE DES MEMBRES DE LA TRIBU.

La loi des XII Tables désigne les *gentiles*, comme troisième ordre de successeurs ab *intestat*. « *Si agnatus nec esseit gentiles familiam habento* ».

Quels sont les gentiles? Ce sont des personnes qui portent le même nom gentilice que le défunt et qui célèbrent les mêmes sacra. A ce point de vue une parfaite analogie existe entre les gentiles et les membres de la même tribu en Arabie. Les membres d'une même tribu à la *Mecque* ou à *Médine* avaient un nom commun et de nombreux témoignages nous attestent que chaque tribu avait ses propres dieux. Citons notamment les renseignements que nous donne le vénérable Ismaïl Hakke Ismirnaï dans ses gloses du *verset* 116-117 chap. IV *Ennissa* et du *verset* 3 chap. V *Soura Muïde*. L'auteur nous apprend tout d'abord que les Arabes païens faisaient une distinction entre les dieux de sexe féminin et du sexe masculin. Le symbole des dieux était représenté par des statues dont la plus célèbre était Lat, Euzza, Ménate. Enfin, et voici le renseignement intéressant, l'auteur nous dit que dans Kâaba il existait 360 statues, représentant chacune le Dieu d'une tribu, auxquelles on immolait des moutons ou des chameaux les jours sacrés.

Ceci dit, revenons à la succession des *gentiles*. Leur aptitude successorale est très peu connue, car elle est tombée en

désuétude à l'époque classique, ainsi que nous le dit Gaius (III. 17). Mais on peut supposer que le droit des gentiles dérive de l'ancienne copropriété gentilice. On remarque en général que, pas plus que l'*agnatus proximus*, les *gentiles* ne sont désignés par la loi des XII Tables par le nom d'héritiers. D'après la plupart des auteurs, cette qualité d'héritier ne leur est reconnue qu'après la disparition de la gens comme unité politique. Il est également difficile de conjecturer quel était le mode de dévolution de la succession gentilice, individuelle ou collective? Nous manquons presque complètement de sources pour résoudre cette question.

En droit musulman les membres de la tribu n'ont aucune vocation successorale. Nous nous sommes suffisamment étendus sur les conceptions du prophète à l'égard des tribus, pour que l'esprit de cette règle du droit musulman nous apparaisse clairement : donner un droit de succession aux membres de la tribu, cela aurait renforcé le sentiment de solidarité que *Mohamed* voulait à tout prix détruire.

Mais justement le puissant sentiment de solidarité des membres de la même tribu à l'époque préislamique nous autorise à penser que si le défunt ne laissait pas d'*acebs*, son patrimoine était attribué à sa tribu. Cette coutume était suivie encore du temps de *Mohamed* ainsi que le témoigne le récit d'*Ebou David* que nous connaissons déjà : une personne appartenant à la tribu d'*Azd* meurt sans laisser de descendants ou d'*acebs*. On demande l'avis du prophète lequel ordonne de donner les biens du défunt à l'homme le plus âgé de sa tribu. Il peut paraître étrange au premier abord que *Mohamed* ait ordonné une pareille chose, au lieu de saisir cette occasion pour enrichir le budget de *Médine* futur *Bait-el-Mal*, trésor public de l'Islam. Mais nous sommes à une époque où les versets coraniques réglant la dévolution suc-

cessorale ne sont pas encore révélés. Le prophète ne se sentait pas encore suffisamment fort pour contredire la coutume médinoise.

Dans le Coran même, nous trouvons un autre précieux témoignage en faveur du droit successoral appartenant à la tribu. C'est le verset 7 du chap. 4 que nous avons déjà commenté : « *Distribuez quelque chose du patrimoine aux proches qui assistent au partage* ». D'après Boidawy¹ les « proches » dont il est question dans ce verset sont des parents qui n'ont pas la qualité d'héritiers. Et telle est à ce sujet l'opinion d'un autre juriste musulman Ismaïl Hakki.

M. Marçais² considère que ce verset n'a pas la valeur d'un ordre formel, mais celle d'une simple recommandation. L'auteur appuie cette opinion sur les gloses d'Alkhazin et Fahr Errazi. Mais ceci nous semble en contradiction formelle avec les prescriptions coraniques³ : « *Ceux qui voudrons renier nos versets constitueront le plus mauvais exemple; ce sont des personnes qui se font du mal à elles-mêmes.* »

En tous les cas, voici la conclusion de M. Marçais au sujet de l'aptitude successorale des membres de la tribu : « Nous n'examinerons pas ici les arguments par lesquels ils (Alkhazin et Fahrerrazi) ont cherché à soutenir cette opinion; nous nous contenterons de constater que jusqu'aux premières années de l'*Hedjire*, s'il n'était pas d'obligation légale de donner une portion de l'héritage à tous les membres de la famille⁴ du défunt, c'était du moins une pratique fort louable de ne pas les oublier dans le partage. »

Peut-on soutenir, en invoquant la décision de Mohamed dans l'espèce cité plus haut, que les biens de celui qui décède

1. Cité par M. Marçais, op. cit., p. 33.

2. Idem.

3. Versets 176, 177 et 182. Souret Aarat, ch. 9.

4. La Famille entendue au sens le plus large du mot.

sans héritiers acebs, étaient attribués aux *hommes les plus âgés de sa tribu*? Cette conclusion ne serait pas exacte à nos yeux. Nous savons que Mohamed avait comme principe d'action de ne rien faire qui ressemble aux coutumes et usages en vigueur de son temps. Sans pouvoir supprimer immédiatement la pratique médinoise, il y apporte néanmoins une nouveauté en attribuant le patrimoine à l'homme le plus âgé de la tribu. Nous croyons donc que d'après la coutume préislamique tous les membres de la tribu avaient une certaine aptitude au partage des biens.

Nous sommes renforcés dans cette conviction par une pratique très curieuse en matière de *dot* sur laquelle nous croyons utile de donner quelques renseignements. Voici ce que nous dit à ce sujet M. Marçais¹ « Le droit collectif de la famille ou même de la tribu, considéré comme un élargissement de la famille, apparaît encore au 1^{er} siècle de l'*Hedjire* sur des points où l'on est fort surpris de le rencontrer; il ressort par exemple de l'histoire des imposteurs Mosailama et Sidjah apparus sous *Abou Bekr*² que le clan tout entier avait un droit sur le *Mahr* ou prix payé par le mari aux parents de sa future. Le faux prophète Mosailama et la fausse prophétesse Sidjah s'entendirent pour mettre fin à leur longue rivalité par un mariage. En guise de mahr, Mosailama accorda à tous les membres de la tribu de l'épousée les « *Banou Camin* » la dispense de la prière de l'Asr instituée par son prédécesseur Mohamed. »

Ajoutons aussi que l'envoi de cadeaux aux parents de la future mariée est une pratique courante chez les tribus Kourt³

1. Op. cit., p. 32.

2. Premier calife.

3. Ce sont des tribus issues de mélanges d'Arabes et de Persans et qui habitent à la frontière turco-iranienne dans une région très montagneuse.

et persanes. Chose curieuse, souvent la valeur de ces cadeaux est fixée d'avance au moment des fiançailles.

Ces faits nous montrent assez clairement que tous les membres de la tribu étaient associés aux actes patrimoniaux intéressant l'un d'eux. Nous savons en effet que le Mahr n'est rien d'autre que le prix d'une vente ¹.

Nous croyons donc pouvoir conclure que *la tribu toute entière avait un droit sur les biens du défunt*. Mais il faut rappeler ici un mode de partage auquel nous avons déjà fait allusion dans le chapitre de la succession des acebs. D'après le récit de plusieurs commerçants et voyageurs qui sont en rapport avec les tribus habitant la région montagneuse du Caucase, voici comment on procède lorsqu'une succession devient vacante par le fait que le défunt n'a laissé ni descendants ni agnats, ou par le fait que ses parents sont inconnus à cause de ses multiples déplacements. Tous les membres de la tribu ayant assisté aux funérailles, le chef de la tribu doit immédiatement intervenir pour prendre soin des biens laissés et pourvoir aux mesures indispeusables à leur entretien. Après quoi, seconde phase de son intervention, il prend une décision concernant l'attribution des biens. A cet égard, comme pour tout, le pouvoir du chef est absolu, les membres de la tribu le considèrent d'ailleurs comme infaillible. Selon son appréciation, le chef donnera les biens à ceux qui ont des mérites ou des besoins correspondants à la nature de ces biens. Par exemple, si le défunt a laissé un cheval de race, celui-ci sera attribué au meilleur cavalier de la tribu. Mais si ce n'est pas un cheval de race, il le donnera à celui qui en a un besoin immédiat. Et si le défunt a laissé des bijoux et des objets qui doivent servir aux jeunes gens, il les attribuera à

1. M. Maurand, op. cit., p. 86.

ceux qui vont se marier ou aux nouveaux mariés. Quant aux autres choses de genre, elles seront partagées par parts égales entre les différents chefs de famille ou attribuées de préférence à ceux qui sont dans le besoin. Ce mode de partage est très équitable et justifié entièrement par l'esprit de solidarité des membres de la tribu.

Il n'est pas interdit de supposer, vu l'analogie de la gens et de la tribu arabe, que l'attribution des biens du *de cujus* aux gentiles se faisait d'après des principes semblables à ceux que nous venons d'exposer.

CHAPITRE II

LA SUCCESSION DES FEMMES.

La vocation héréditaire des femmes a dû préoccuper toutes les législations antiques. Les unes ne leur ont accordé que de faibles droits, les autres les ont complètement écartées. Chaque société a réglé cette question selon ses propres conditions économiques, sociales et politiques. La question de l'aptitude des femmes à prendre part au partage des biens du défunt ne peut pas être séparée de la question plus générale de la capacité juridique de la femme, de sa participation aux activités économiques et sociales, du milieu auquel elle appartient. C'est pourquoi nous nous référerons souvent dans ce chapitre à cet aspect plus général de la condition des femmes dans les sociétés romaines et arabes, car seule cette étude pourrait jeter quelque lumière sur le point spécial qui nous préoccupe, celui de sa situation successorale.

Un premier point doit être rappelé : après l'avènement du patriarcat (vers le IV^e siècle de l'ère chrétienne d'après nous) la femme arabe ne fait pas à proprement parler partie de la famille : elle est étrangère aussi bien à sa famille naturelle qu'à celle de son mari. A Rome, au contraire, la femme rentrait dans la famille de son mari si elle était mariée *cum manu* ; si le mariage était contracté *sine manu* elle gardait ses liens familiaux naturels.

Quant à la *capacité juridique* une assez grande ressem-

blance existe entre la femme arabe et romaine. Son infériorité physique devait l'écarter presque entièrement de toute activité juridique à ces époques très reculées où le droit privé n'était pas suffisamment dégagé de la vie politique et militaire. Les femmes ne sauraient participer aux anciennes comices romaines ou aux rassemblements populaires de *Hidjz*, ces réunions ayant un caractère militaire, religieux et politique. Pour plaider à Rome dans l'ancienne procédure il fallait porter la lance et, c'est là, une raison suffisante pour que les femmes ne soient pas admises au tribunal. Pour l'Arabie préislamique, ces considérations sont encore plus fortes. Des innombrables tribus en continuel déplacement, en guerre perpétuelle les unes contre les autres, tel est, nous le savons, l'état social de la péninsule avant l'Islam. Dans ces conditions, la femme ne peut être autre chose qu'un élément de faiblesse du groupe. On comprend que les très anciennes coutumes arabes ne lui reconnaissent aucune capacité juridique.

Cette idée de faiblesse, d'infériorité physique de la femme, restera dominante en Arabie, même Islamique. C'est pour cela que, malgré les changements sociaux, la construction des villes et villages, la constitution de gouvernements, l'adoucissement des mœurs, l'Islam n'a pas pu assimiler complètement la situation juridique de l'homme et de la femme. — A Rome, au contraire, à l'époque classique, le fondement de l'incapacité des femmes a changé. Les juristes n'invoquent plus la faiblesse du sexe mais plutôt l'« insuffisance de réflexion » ou sa « légèreté d'esprit ». Mais ces considérations ont beaucoup perdu de leur force. La tutelle des femmes semble de moins en moins justifiée à Rome, car elle ne repose plus sur une base naturelle comme la tutelle des impubères ou la curatelle des fous. Aussi bien devait-elle disparaître peu

à peu, à la suite des lois caducaires d'Auguste et de la loi Claudia qui supprima la tutelle perpétuelle des agnats. Seule, subsiste la tutelle légitime du patron sur la femme affranchie et du *pater* sur la fille émancipée. Mais il est vrai qu'une incapacité d'un genre nouveau apparaît sous le Principat : celle interdisant aux femmes mariées d'intercéder au profit de leurs maris. Le sénatus-consulte Velléien étendit cette règle à toutes les femmes, mariées ou non. Mais pour tous les autres actes de la vie civile la femme romaine non mariée ou mariée *sine manu*, était parfaitement capable.

En Arabie préislamique aussi, l'ancienne incapacité des femmes s'atténue. Nous avons des exemples historiques certains qui nous montrent que la femme pouvait faire seule des actes juridiques, acquérir des biens ou même exercer une profession, un commerce indépendamment de son mari. L'opinion suivant laquelle la situation de la femme avant l'Islam était absolument déplorable nous semble donc fausse, tout au moins pour deux ou trois siècles précédant *l'ère islamique*. Voici à l'appui de notre affirmation quelques faits intéressants :

Rappelons tout d'abord la situation de *Hadidjet* première femme du prophète. Cette femme qui avait été mariée plusieurs fois avait une fortune considérable. Ses caravanes traversaient l'Arabie d'un bout à l'autre. Or, *Hadidjet* avait de nombreux parents, car elle appartenait à la célèbre famille de *Kouraychite* ; elle était assistée de son cousin et de son oncle¹.

Nous avons un autre exemple qui nous montre clairement qu'en Arabie préislamique les femmes peuvent avoir des biens indépendamment de leurs maris et qu'elles peuvent en disposer librement. Tel est le cas de *Hind*, la femme du

1. Lutfullah Fikri, op. cit , pp. 26-27 et 34-36.

célèbre *Ebou Suffyan*, dernier chef de la tribu de *Kourayche*. Cette femme a joué un grand rôle dans la lutte des nouveaux convertis avec les *Kouraychites*. Elle a fait beaucoup de sacrifices pour la cause des vieilles coutumes arabes et alla jusqu'à promettre cent chameaux à celui qui pourrait tuer Mohamed, *Ali* ou *Hamza*¹.

Effectivement, dans la guerre d'*Ohout*, *Hamza* fut tué par son esclave, et *Hind* lui délivra la récompense promise.

Une autre femme, l'épouse de *Ebou Djehl*, joua un rôle politique important et consentit beaucoup de sacrifices à la cause du paganisme.

Citons enfin l'exemple d'*Ommumabet* « la mère du temple » qui tenait entre La Mecque et Médine une sorte d'auberge. Cette femme était mariée avec Ebou Mabet lequel guidait les troupeaux. Par cet exemple, nous voyons qu'une femme mariée, pouvait exercer une profession totalement indépendante de celle du mari.

Tous ces exemples nous montrent assez clairement que la situation de la femme arabe n'était pas aussi inférieure qu'on le dit souvent. Nous venons de voir qu'elle jouissait d'une entière capacité juridique. Cela étant, il semble difficile d'admettre qu'elle était complètement écartée du partage des biens du défunt. Sans doute, si on remonte à une époque très reculée, à l'Arabie du temps d'Abraham, 24 siècles avant *Jésus-Christ*, on peut parfaitement admettre avec les historiens arabes, que la femme n'avait alors aucune vocation successorale. Mais cela vient de ce que la succession primitive n'était pas un acte de transmission patrimoniale mais avant

1. *Ali* était le cousin et le frère adoptif du prophète. Il était très connu par son courage; on l'appelait le « lion de Dieu ». *Hamza* était l'oncle du prophète; lui aussi fut porteur du drapeau de l'Islam. Il était le meilleur tireur de toute l'Arabie.

tout une transmission de puissance. Or, il est facile de comprendre que les femmes, même pleinement capables pour les actes juridiques de droit privé, ne soient pas aptes à recueillir la puissance du chef de famille, la souveraineté domestique. Cette inaptitude des femmes à détenir la puissance, la *potestas*, est une règle qui se retrouve encore dans le droit classique à Rome : la femme ne peut laisser d' « *heredes sui* » justement parce qu'elle ne peut détenir la *potestas*. C'est pour la même raison qu'elle ne pût dans l'ancien droit romain ou préislamique, être instituée héritière par testament. Ce titre n'a pu lui être conféré que bien plus tard lorsque le testament est devenu un acte de disposition purement patrimonial.

Il nous faut maintenant examiner quelle était la situation de la femme romaine dans la succession *ab intestat*. La question se pose de savoir si les termes *heres suus* et *agnatus proximus* contenus dans la loi des XII Tables, tous les deux masculins, doivent être interprétés dans le sens de l'exclusion des femmes de la succession *ab intestat*.

Cette question ne se pose pas pour l'époque classique. Dans la catégorie des *heredes sui* nulle distinction n'est admise entre les fils et les filles auxquelles il faut assimiler les femmes mariées *cum manu*. Mais il en est autrement dans la ligne collatérale. Nous avons ici un texte très important de Gaius :

« En ce qui concerne les femmes, la règle est différente
« quand il s'agit des hérédités venant d'elles et des hérédités
« qu'elles doivent recueillir, car les hérédités des femmes
« nous reviennent par le droit de l'agnation de la même façon
« que celles des hommes, mais nos hérédités ne parviennent

« aux femmes que jusqu'au degré de frère et de sœur. Et le
« jurisconsulte donne comme exemple : la sœur est héritière
« légitime du frère et de la sœur, mais la tante et la fille du
« frère ne peuvent être héritières légitimes. »

Par conséquent, même à l'époque classique, les femmes n'ont pas la vocation successorale en ligne collatérale à l'exception de la sœur du défunt.

Il est assez curieux de constater que les deux masculins de la disposition successorale des XII Tables n'ont pas la même signification en droit classique : *heres suus* désignant à la fois le fils et la fille, *agnatus proximus* s'appliquant exclusivement à la sœur. Il est difficile d'admettre qu'une pareille imprécision puisse être attribuée à la loi des XII Tables. Dans les législations formalistes les termes employés ont un sens strictement défini¹. Nous croyons donc parfaitement justifiée l'hypothèse de M. Noailles suivant laquelle les femmes étaient primitivement exclues de la succession *ab intestat* aussi bien en ligne descendante que collatérale. Ce que nous avons dit de la structure sociale et économique de la très ancienne Rome renforce cette hypothèse. M. Noailles nous dit du reste que l'exclusion des femmes de la succession est un phénomène presque général dans les antiques législations patriarcales :

« Que ce soit le droit chinois, le droit grec ou le droit germanique et parmi les droits les plus modernes le droit kabyle, les filles sont exclues plus ou moins complètement de l'héritage paternel et de la succession collatérale². »

1. Les lois postérieures aux XII Tables ou même l'édit du préteur emploient le masculin et le féminin.

2. Cours de doctorat 1935-36, p. 190.

Même actuellement ainsi que nous l'apprend M. Jules Grigner¹ en pur droit *hébreux*, seuls les mâles héritent. — M. Paul Gide² nous montre quelle était la situation successorale de la femme grecque : « le père pouvait transmettre ses droits sur sa fille en la donnant en adoption ou en la donnant en mariage et les héritiers du père jouissaient après lui de la même faculté ; le mari à son tour, ce qui paraîtra plus étrange, pouvait aussi aliéner ses droits sur sa femme, c'est-à-dire qu'il pouvait en la répudiant la donner à un nouveau mari. Enfin il était permis au mari comme au père de léguer en mourant sa femme ou sa fille à un parent ou à un ami de son choix qui héritait ainsi de la tutelle et pouvait lui-même la transmettre à son tour ». En droit grec, la femme est donc considérée comme un actif de la succession.

Il est intéressant de remarquer que malgré l'interprétation extensive donnée par les pontifes et les prêteurs aux termes de la loi des XII Tables seules les *filles*, les *femmes mariées cum manu* et les *sœurs* du défunt furent admises à la succession. Or nous avons vu que ce sont là justement les seules femmes admises dans la succession musulmane à titre de « *fards*. »

Les femmes en ligne collatérale éloignée, ainsi que les parents par les femmes ne sont pas appelés à succéder d'après le droit civil. Leur vocation sera consacrée seulement dans l'édit du *prêtre* par la création des *bonorum possessiones unde cognati*.

Abordons maintenant la question essentielle de ce chapitre : est-il exact que les droits de succession des filles, des mères et des épouses soient absolument inconnus en Arabie préislamique ? La plupart des auteurs le soutiennent et

1. Op. cit., p. 56.

2. Op. cit., p. 82.

pensent que c'est Mohamed qui a introduit cette réforme dans le domaine successoral.

Nous avons déjà fait remarquer qu'il n'est pas possible de considérer toute la période d'avant l'*Islam* comme ayant suivi les mêmes usages et les mêmes coutumes. Nous savons que la vie sociale autrefois instable, nomade, dominée par l'insécurité et par la force, commence à s'organiser peu à peu. On construit des villes, les mœurs s'adoucissent, une morale s'affirme. La condition de la femme, autrefois tout à fait inférieure, s'améliore notablement. Des influences étrangères agissent en ce sens, notamment l'influence du peuple hébreu, qui a toujours professé un grand respect envers les femmes. Ce nouveau courant d'idées a dû certainement influencer sur la condition successorale des femmes. Peut-être, ainsi que nous le verrons, leur vocation n'était-elle pas aussi ferme que celle des mâles, mais l'habitude a dû s'introduire de ne pas les écarter complètement du partage des biens familiaux. Telle est l'hypothèse que nous essaierons de développer ici en nous appuyant sur une série de faits historiques certains.

Mais avant tout, il importe d'analyser quelques-uns des arguments sur lesquels la thèse que nous combattons s'appuie pour affirmer la complète exclusion successorale des femmes à l'époque préislamique.

L'un des arguments les plus fréquemment employés pour nier le droit successoral des femmes est fourni par cette coutume arabe suivant laquelle les filles étaient souvent enterrées vivantes¹. Nous reconnaissons avec tous les auteurs l'authenticité de cette pratique, confirmée par le témoignage le plus sûr, celui de *Djafar Tayyar*. Mais la cause de cette

1. Cf. M. Marçais, op. cit., p. 20.

coutume sauvage est tout autre de celle qu'admettent les auteurs.

Examinons en effet les termes mêmes du *Coran*. On lit dans le verset 151, ch. VIII : « *Faites donation et bienfaisance à vos pères et à vos mères. En craignant la misère et la pauvreté, ne tuez pas vos enfants, car nous vous envoyons leur part* ». Il ressort clairement de ce verset coranique que les Arabes de l'époque païenne tuaient leurs enfants, *filles ou fils*, poussés par la misère. Le *Coran* emploie le mot « *evladukum* » qui correspond au mot « enfants, » ce qui désigne aussi bien les fils que les filles. Ce pouvoir du chef de famille d'anéantir sa postérité existe également à Rome. A ce sujet, M. Giffard nous dit dans son cours¹ : « le père a le droit « de mettre à mort l'enfant lorsqu'il naît; non seulement « l'enfant mal conformé, mais aussi dans le cas où il y a des « enfants en surnombre et où la famille n'a pas les ressources « pour les faire vivre tous ». Il est clair, par conséquent, que la cruelle possibilité de tuer les enfants s'explique par l'état économique de l'Arabie ou de la Rome antique.

Evidemment, dans la plupart des cas, ce sont les filles que l'on faisait disparaître parce que les fils devenaient assez vite, à l'âge de 13 ou 14 ans, un élément de force et de richesse. Mais il est impossible d'admettre qu'elles étaient seules sacrifiées et surtout de tirer de ce fait un argument contre leur droit successoral.

Voici maintenant un autre exemple cité dans la plupart des manuels de droit musulman : c'est l'histoire de *Caïs Ibn Alkhatim*, rapportée au *Kitab al Aghari* (II-16). — Le grand-père paternel et le père de Caïs avaient été tués quand lui-même était encore en bas âge. Caïs grandit ignorant

1. Cours 1937-38, p. 94.

leur mort violente que sa mère lui avait soigneusement cachée. Un jour, il apprit par hasard, la vérité et résolut aussitôt de se mettre en campagne pour venger ses deux ascendants, comme l'exigeaient les lois de l'honneur et de solidarité établies entre tous les parents par les mâles. Mais auparavant, il s'inquiéta d'assurer, au cas où il serait tué, le sort de sa mère, dont il était l'unique soutien. A cet effet, il donna à l'un des hommes de sa famille un champ de palmiers dont il était propriétaire, à condition que ce parent en consacraît le revenu à nourrir la vieille femme aussi longtemps qu'elle survivrait à son fils.

Robertson Smith conclut des différents traits de ce récit que « là où un homme riche devait employer cette voie « détournée pour pourvoir aux besoins de sa mère, il est clair « que la femme n'avait absolument aucun droit de succession¹. »

Nous ne pensons pas que l'histoire de Caïs puisse conduire à une conclusion aussi radicale. M. Marçais², qui par ailleurs, considère que les femmes et les parents par les femmes, ne sont pas admis à hériter, fait une réserve en ce qui concerne la mère. Commentant la conclusion de Robertson Smith, cet auteur écrit : « rien dans l'histoire de Caïs n'autorise une conclusion aussi entière » et il ajoute : « ce qui ressort avec évidence de ce récit du Kitab al aghari, c'est que, un homme de Médine, vivant sous le régime de la parenté masculine, impatient de venger la mort de ses ascendants mâles par les mâles, considérait aussi comme un devoir sacré d'assurer à sa mère des moyens d'existence ». Et M. Marçais conclut qu'il serait parfaitement possible que la mère eût recueilli dans la succession de son fils une quotité

1. Cité par M. Marçais, op. cit., p. 42.

2. Même auteur, p. 44.

de biens meubles, insuffisants, il est vrai, pour lui permettre de vivre.

Quant aux autres parents femmes, M. Marçais partage l'avis général suivant lequel elles n'ont aucun droit héréditaire.

Enfin l'argument le plus généralement employé en faveur de cette opinion est celui que développe M. Zeys¹ qui est resté longtemps l'une des autorités les plus incontestées en cette matière : « l'enfant mâle, guerrier futur, avait des droits sur les biens, en raison des espérances qu'il donnait aussi, à la mort du paterfamilias; mais l'enfant du sexe féminin, bouche et bras inutiles, destinée à quitter la tente paternelle et à suivre un étranger suspect à l'avance d'exiger un partage, était impitoyablement exclue de l'hérédité. Il en était de même des autres femmes, épouses et mères, pour des motifs analogues. »

Nous avons déjà rencontré cet argument qui fait dépendre l'aptitude successorale des qualités guerrières de l'intéressé. L'exclusion des enfants en bas-âge à l'époque préislamique avait été justifiée de la même façon. Mais on se rappelle que cette thèse ne s'accorde pas avec certains témoignages historiques, ni avec la méthode du prophète. Celui-ci procède par étapes, soucieux toujours de ne pas heurter de front les vieilles traditions arabes. Il a fait des concessions très importantes à ces traditions alors même qu'elles étaient contraires à l'esprit de la nouvelle religion². Ces observations nous avaient permis de conclure que du fait que la vocation successorale des enfants en bas-âge n'est pas confirmée dans le Coran, il est certain que cette vocation était déjà admise en Arabie païenne tout au moins à partir du III^e au IV^e siècle après

1. Op. cit., p. 235. Dans le même sens le Doyen Maurand.

2. Ainsi par exemple Mahomed n'abolit pas l'esclavage malgré l'incompatibilité avec l'idée d'égalité entre croyants.

Jésus-Christ. De même, comment Mahomed aurait-il pu faire accepter aux Médinois les nouveaux successeurs, c'est-à-dire la mère, la sœur, les filles et l'épouse, si déjà dans les coutumes arabes elles n'étaient appelées à un titre quelconque au partage des biens du défunt? Ces considérations sont d'autant plus vraisemblables que les versets concernant la succession des femmes avaient été révélés vers l'an II ou III de l'*Hégire*, après la guerre d'Ouhout, dans laquelle les nouveaux convertis avaient subi une défaite complète. Le prophète était même grièvement blessé et sa situation fortement ébranlée. Comment dans ces conditions aurait-il pu tenter une réforme tout à fait contraire aux usages et coutumes de Médine? Répétons-le une fois de plus, le prophète tout en voulant réformer la matière de la succession n'a pas pu s'écarter complètement des usages de ses ancêtres. C'est pourquoi il n'a pas pu attribuer la qualité d'héritier aux parents par les femmes, ou à des collatéraux femmes autres que la sœur. Sur ce point, l'évolution du droit roumain a été plus complète, puisque grâce au prêteur et aux réformes impériales le lien cognatique, lien du sang, remplace définitivement l'ancienne parenté fondée sur la notion de potestas.

Précisons donc notre hypothèse concernant la succession des femmes dans les derniers siècles de l'Arabie païenne : à notre avis les très proches parentes, filles, épouses, mères, n'étaient pas systématiquement écartées du partage des biens du défunt. Peut-être ce dernier les avantagait-il par testament? Mais ce qui est vrai, c'est que *leur droit restait souvent théorique par manque d'un pouvoir sanctionnateur*. Voici à l'appui de cette conjecture un passage très caractéristique d'un savant docteur musulman, *Mudjtchid*¹ du rite chiite,

1. Le mot Mudjtchid se rattache au mot El Idjtihadin qui lui-même dérive de El Djehdun qui signifie s'efforcer. Le sens de Mudjtchid est donc « celui

*Molla Fetullah Kachani*¹ : « A l'époque d'ignorance, Djahiliyye, dans le partage du patrimoine, le droit des filles et des femmes était si faible qu'on les privait souvent de biens qui devaient leur revenir. Même aux mâles en bas âge ou à ceux qui étaient faibles on ne donnait presque rien. Le fils aîné peut participer au partage à condition qu'il soit fort. Mais c'est toujours le plus fort de la tribu qui avait le gros lot. »

Ce juriste ne nous dit donc pas que les femmes étaient privées de tout droit d'après la coutume païenne mais simplement, que pratiquement, elles ne pouvaient pas toujours les faire valoir. Ceci est facilement compréhensible si on se rappelle le manque d'une autorité étatique en Arabie préislamique. *La réforme coranique a dû consister notamment dans la consolidation de ces droits déjà admis par la coutume.*

Voici maintenant ce que nous dit un autre juriste musulman bien connu M. Ismaël Kakki Izmirnois². Dans sa glose du verset 23 du chap. IV ainsi conçu : « *On ne vous a pas permis de recueillir les femmes à titre de succession contre leur gré.* »

« A l'époque *Djahiliyye*, écrit le savant auteur, si le défunt avait laissé une femme, les héritiers *acebs* du défunt la prenaient sans lui payer son Mahr, ou ils la faisaient marier avec une autre personne pour avoir son Mahr ou pour empêcher la femme de prendre part à l'héritage; ils lui défendaient de se marier avec qui elle voulait; c'est pour cela que Dieu a envoyé ce verset. »

qui fait un effort, qui interprète les règles de droit, qui fait la jurisprudence ». — Chez les Musulmans chiites la *Babe Idjtihat* (la porte de la jurisprudence) et les innovations des règles juridiques ne sont pas interdites comme dans les autres écoles.

1. Le livre écrit par ce docteur s'appelle *Men Hedjussadikin* ce qui signifie « les règles de la vérité ». L'auteur appartient aux Turcs de l'Iran qui sont au nombre de six millions.

2. L'ancien professeur de l'Université d'Istanbul.

Ce commentaire nous montre l'épouse comme ayant un droit sur les biens laissés par le mari défunt. Mais les acebs ne voulaient pas qu'une partie du patrimoine sortît de la famille; alors ils choisissaient cette femme comme épouse. Cette attitude des héritiers mâles se retrouve encore de nos jours dans certains pays musulmans. Elle s'explique par un facteur d'ordre sentimental, par respect pour l'âme du défunt, les héritiers ne supportant pas que la veuve se marie avec un étranger. Mais surtout par une considération économique : la veuve prenant une part de l'héritage cause un appauvrissement à la famille. *Le Coran* qui n'est pas hostile au remariage — c'est une différence entre l'Eglise et la Mosquée — a voulu interdire cette pratique.

Baïdawy et Molla Fetullah Kachani¹ nous racontent un autre fait très intéressant en faveur de notre thèse :

Saït Bini Rabia a été tué dans la guerre d'*Ouhout*. Il a laissé deux filles (trois selon Baïdawy) et sa femme nommée Ummu Kouhha. Mais les frères du mort et les cousins paternels prirent tout l'héritage en excluant la veuve et les filles. Baïdawy nous dit que le partage avait été fait conformément à la coutume de l'époque *Djahiliyye*. Cependant Ummu Kouhha vint trouver le prophète. Elle pleure et demande la restitution d'une part convenable pour elle et ses filles. Le prophète la renvoie en l'assurant qu'il prendrait une décision dès que Dieu lui enverrait un verset à ce sujet. — A la même époque Mahomed avait été sollicité par un autre croyant. *Djabir Ibin Abdoullahi Ensari* qui sur son lit de mort lui demande : comment dois-je partager mes biens? Est-ce que le verset du partage n'est pas encore révélé. Le prophète lui répond : « Prenez patience ». C'est à l'occasion de ces deux

1. Traductions de M. Marçais.

faits que le verset concernant la succession fut écrit : la veuve reçoit le huitième des biens de son mari, les filles, les deux tiers et le reste fut partagé entre les cousins ou selon l'autre version entre les frères du défunt.

Il nous semble que le cas de cette femme n'est pas de nature à nous prouver que la vieille coutume de Médine avait exclu toutes les femmes de la succession de leurs maris ou leurs parents. Comme le fait très justement remarquer Wilken¹ « Ummu Kouhha pour se plaindre au prophète avait dû vraisemblablement arguer de son droit méconnu, c'est-à-dire d'une coutume qui lui attribuait une part dans l'héritage du défunt ». Ceci confirme ce que nous disions plus haut. Mahomed n'a pas apporté sur ce point une règle absolument nouvelle, il a simplement divinisé un usage préexistant en prononçant une sanction sévère, celle du châtimement éternel, à l'encontre de ceux qui n'observeraient pas l'enseignement de Dieu.

En ce qui concerne la coutume de *Médine*, l'un des facteurs qui a certainement beaucoup agi dans le sens d'une amélioration de la situation de la femme en matière successorale, est l'influence des coutumes et usages israélites. On sait qu'à Médine, il y avait deux populations : les Arabes et les Juifs. D'après ce que nous dit M. Lutfullah², *les Juifs* après leur installation à Médine et aux environs de la *Mecque* ont commencé à exercer leur domination sur les Arabes et même à une certaine époque ils les ont réduit à la servitude, surtout les tribus *Evs* et *Khazradj*. Ce n'est que plus tard qu'elles purent se débarrasser du joug juif. La majorité des habitants de *Médine* étaient Juifs. C'est pourquoi quand le prophète est

1. Cité par M. Marçais, op. cit., p. 24.

2. Op. cit., 186.

entré à Médine il a dû reconnaître des droits égaux aux Juifs et a même signé un traité de bon voisinage et d'amitié avec les descendants de *Jassef* et *Isak*.

Si on ajoute à cela le fait qu'ils détenaient le monopole du commerce à Médine, on comprendra facilement quelle influence les usages et les coutumes israélites ont pu exercer sur les coutumes arabes. Les dispositions du droit israélite reconnaissaient aux femmes et aux filles du défunt un certain droit dans la succession : les arabes ont dû certainement suivre en une certaine mesure cet exemple.

Tels sont les différents arguments qui nous ont conduit à penser que les femmes proches parentes du défunt et principalement la mère, l'épouse et la fille avaient, avant même la réforme coranique, un certain droit successoral. Il nous faut maintenant exposer un trait particulier du droit successoral des femmes d'après le rite chiite.

Tout en reconnaissant la vocation successorale des femmes, telle qu'elle résulte du Coran, les musulmans chiites n'admettent pas que, dans le partage on puisse attribuer à la veuve des *immeubles*, maisons, plantations ou tout autre fonds de terre. Ceci paraît étonnant à première vue, car le droit musulman ne fait en principe aucune distinction entre les biens. Quelle est la raison de cette règle originale du droit chiite?

Voici ce que nous dit à ce sujet le grand *mudjtéhit* *Chehidi Chani'* : « Les femmes, après la mort de leurs maris, ne peuvent
« pas prendre leur part de biens immobiliers parce que, par
« leur remariage elles apporteront leurs biens à un nouvel
« époux et de ce fait les héritiers du premier seront lésés.
« C'est pourquoi au lieu de leur donner des immeubles on leur
« donne la valeur de ces biens. »

1. Chérhul lemâ. Tome II, p. 312.

Tous les auteurs de rite chiïtes admettent la même solution, et surtout les *douze grands imams*, descendants directs du prophète.

Il est intéressant de voir par quel argument on justifie cette solution particulière du rite chiïte. L'auteur que nous venons de citer s'appuie sur un *hadiths* du prophète ainsi conçu : « *Lâ zerre vé lâ zirare bil muslimin* ». *Un musulman ne doit pas et ne peut pas causer un dommage quelconque à un autre musulman*. Or, estiment les docteurs chiïtes, par son remariage, la femme causera un dommage aux héritiers de son premier mari en appauvrissant le patrimoine familial.

Les autres écoles musulmanes, tout en admettant l'authenticité de ce *hadiths* ne lui donnent pas la même interprétation. M. Ismaïl Hakki Izmirnoïs pense que ce *hadiths* doit être entendu en ce sens qu'un musulman ne doit pas causer de dommage à autrui par un acte que la morale ne permet pas.

Nous croyons aussi que l'interprétation donnée à ce *hadiths* par l'école chiïte ne doit pas traduire la pensée de Mohamed. Un principe aussi important aurait dû figurer en termes formels dans le *Coran* et non pas résulter indirectement d'une simple parole du prophète. Pour comprendre la raison de cette règle du droit chiïte, il faut tenir compte des faits suivants : 1° La propriété *immobilière* joue un rôle bien plus important en Perse qu'en Arabie. Nous avons vu que les Arabes mènent une vie nomade ; la terre n'est pas pour eux un élément de richesse. Il en est tout différemment pour la Perse. 2° Le divorce et surtout le remariage y sont beaucoup plus fréquents que dans les autres pays musulmans. Si on tient compte de ce que chez les chiïtes les femmes peuvent contracter mariage même pour la durée d'une semaine on comprendra facilement pourquoi la législation chiïte ne leur reconnaît pas le droit de prendre des immeubles dans la

succession de leurs maris. On comprend aussi pourquoi cette incapacité particulière ne frappe pas toutes les femmes mais exclusivement la veuve.

* * *

L'étude que nous venons de faire concernant les droits successoraux des femmes en Arabie nous a permis de conclure que le *Coran* n'a fait que consolider un droit que les coutumes préislamiques reconnaissaient déjà aux femmes mais qui, vu le manque d'organisation étatique de l'Arabie restait souvent à l'état purement théorique. La souci de protection des *femmes*, comme du reste de tous ceux qui sont trop faibles pour se défendre eux-mêmes, se manifeste à plusieurs reprises dans le *Coran*. Et, bien que cela dépasse la matière successorale proprement dite, nous croyons opportun d'indiquer ici quelques-unes de ces mesures de protection des femmes que l'on trouve éparses dans plusieurs versets coraniques.

Citons en premier lieu le *verset 12, ch. IV, Ennissa*, ainsi conçu : « La providence a ainsi déterminé les règles successorales auxquelles vous êtes assujettis. Ceux qui observeront ces règles et obéiront à l'envoyé de Dieu entreront au palais du paradis dans lequel les rivières coulent en permanence et les arbres sont toujours verts. Là est le rêve du vrai bonheur. »

Remarquons que ce verset fait suite aux autres versets réglant la succession. Le verset 12 du même chapitre menace du châtimement éternel ceux qui s'écarteront des règles prescrites.

Le *Coran* a pris des mesures contre l'omnipotence du mari qui essaierait d'éluder l'obligation de payer le Mahr, ou qui, après s'être appropriés les biens de leurs femmes, les répudieraient sans les leurs restituer.

Citons aussi le *verset 33 ch. IV Ennissa* qui est intéressant en ce qu'il nous montre la conception du prophète sur la question de la subordination de la femme à l'homme : « *Si Dieu tout puissant vous a créé l'un supérieur à l'autre, l'homme et la femme, c'est parce que l'homme a le devoir de pourvoir la femme de nourriture et de vêtements. C'est pourquoi nous avons donné à l'homme un droit de surveillance et de gouvernement sur la femme. Les vraies croyantes sont celles qui respectent le droit conjugal et les pouvoirs de leurs époux, etc...* »

Le *verset* étant parfaitement clair, nous n'avons pas besoin de le commenter. Disons seulement qu'il a été inspiré par la répugnance que le prophète a toujours manifestée envers l'activité politique des femmes qui délaissaient ainsi leurs foyers.

M. Ismaïl Hakki Izminoï dans sa glose du *Verset 33 Soura 18 Nur*, nous montre une autre préoccupation de *Mohamed* à l'égard de la femme arabe : « Un nommé *Abdoullah bin Ebi bin Sloul* avait six femmes esclaves par lesquelles il tirait des bénéfices que la morale condamne. Deux de ses femmes ont porté plainte au prophète et c'est à cette occasion que le *verset* interdisant catégoriquement tout commerce de ce genre, a été révélé.

* * *

Si, au terme de cette étude, on compare l'évolution de la famille romaine et arabe, nous pouvons constater qu'à leurs origines elles présentaient des caractères semblables mais que cette analogie ne se retrouve plus au point d'aboutissement. En effet, après une première phase dans laquelle aussi bien en Arabie qu'à Rome la parenté ne s'établit que par les femmes — le matriarcat — on trouve chez les deux peuples un autre

type familial, celui dans lequel la parenté s'établit sur la notion de puissance, de *potestas*. A ce stade, les femmes et les parents par les femmes ne font pas à proprement parlé partie de la famille. Puis, arrive une troisième phase, dans laquelle les femmes sont admises en qualité de parentes dans l'organisation familiale avec des droits égaux à ceux des hommes, et dans laquelle la parenté s'établit aussi bien par les femmes que par les hommes. C'est sur ce point qu'apparaît une différence fondamentale entre le droit romain et le droit islamique.

Le premier est arrivé grâce à l'édit du préteur et aux réformes impériales et notamment la législation de Justinien à une parfaite égalité successorale entre la femme et l'homme. Le droit islamique n'est pas parvenu jusqu'au même point. Sans doute le *Coran* accorde-t-il une vocation successorale très fortement garantie à certaines femmes (mère, fille, épouses, sœurs) mais cela reste malgré tout l'exception. Et surtout le livre saint n'introduit-il aucune réforme en ce qui concerne les parents par les femmes qui restent étrangères à la famille.

Quelle est la raison d'être de cet arrêt dans l'évolution normale de la conception familiale? Pourquoi les peuples musulmans — exception faite de la Turquie, des trois républiques turques fédérées à l'union soviétique et de l'Iran — sont-ils encore de nos jours attachés au type patriarcal et considèrent que la famille est constituée par l'ensemble des mâles, la vocation successorale des femmes, toujours au nombre de quatre ou cinq, restant chose tout à fait accidentelle?

On affirme souvent que le *Coran* a retardé l'évolution juridique et sociale des pays musulmans étant donné que les institutions du droit musulman sont fondées sur les prescriptions coraniques qui forment un ensemble de lois ayant un caractère éternel. On oppose à ce trait de la législation musul-

mane le caractère plus souple du système juridique romain. Le préteur, grâce à son pouvoir d'organisation du procès est intervenu constamment pour compléter, corriger ou même contredire le vieux droit civil en l'adaptant ainsi aux besoins des temps nouveaux. Cette opposition entre les méthodes législatives arabes et romaines n'est cependant pas aussi absolue. Il ne faut pas ignorer l'effort considérable fourni par les docteurs musulmans et surtout par les « *Oussoliyyon* » les grammairiens-théologiens en vue d'adapter les lois *coraniques* aux nécessités nouvelles. Leur méthode d'interprétation consiste surtout dans la répartition des énonciations divines en un certain nombre de catégories, les unes étant l'œuvre certaine et évidente de la raison divine et comme telles devant rester immuables, les autres, qu'ils qualifient d'« obscures » étant susceptibles d'une interprétation nouvelle. — Nous croyons également que l'existence en Islam d'innombrables *hadiths* — paroles du prophète rapportées par la tradition — doit correspondre en partie à ce désir de renouvellement ou même de certains changements des règles prescrites par le *Coran*¹.

L'arrêt de l'évolution des institutions familiales et successorales islamiques n'est donc pas dû ou n'est pas principalement dû, au manque d'instruments juridiques ou à l'imperfection de la technique d'interprétation. La cause doit en être cherchée dans les considérations politiques et sociales propres à l'Arabie.

C'est tout d'abord le manque de sécurité, l'état de guerre continuelle, l'absence d'un pouvoir étatique suffisamment organisé. Dans un pareil état social, la seule organisation capable d'assurer la protection de l'individu c'est la famille,

1. Le rite chiite suivant lequel les femmes ne peuvent recevoir des immeubles dans la succession de leurs maris est un très bon exemple de ce travail d'adaptation et d'interprétation des lois islamiques.

mais organisée quasi-militairement. La femme à cause de sa faiblesse ne peut-être admise avec des droits égaux dans le groupe. Sans doute, cet état s'est beaucoup amélioré. L'influence de l'Islamisme, l'action des Khalifs, a beaucoup contribué à la pacification de l'Arabie. L'arbitrage se substitue souvent au conflit brutal, cependant l'immensité de la péninsule, les conditions géographiques, ne permettent pas une organisation étatique aussi complète qu'à Rome.

Une autre cause de l'infériorité des femmes dans la famille arabe réside dans la formation du mariage. Alors qu'à Rome le mariage par achat — *coemptio* — a disparu depuis longtemps pour faire place au mariage par consentement mutuel des deux époux, l'achat de la femme par son mari reste le mode le plus fréquent en Arabie préislamique et même islamique, et cela se rencontre encore de nos jours dans certains pays musulmans. M. Noailles confirme ce fait dans son cours : « L'achat, l'achat réel suivant un prix, est encore en vigueur comme mode de contracter mariage dans toute l'Afrique, non seulement dans l'Afrique noire mais aussi dans l'Afrique du Nord. »

Il est facile de comprendre combien profonde est l'influence de ce mode de contracter le mariage sur la condition de la femme. — Ajoutons aussi que la polygamie écarte par sa nature toute idée d'égalité ou d'association du mari et de la femme. Ce régime, bien que pratiqué par une minorité contribue aussi à maintenir la femme dans une position d'infériorité¹.

1. La polygamie est pratiquée actuellement dans tous les pays musulmans sauf la Turquie et les républiques turques fédérées à l'union soviétique. D'après le professeur Sadri Maksoudi dans son cours de 1^{re} année de droit à la faculté d'Ankara, les Turcs étaient monogames avant l'Islam. Les pays montagneux qu'ils habitaient n'étaient pas propices à la polygamie. La femme n'avait pas une position d'infériorité. Elle montait à cheval comme son époux.

On ne saurait toutefois finir ce chapitre sans rappeler que certaines écoles musulmanes ont réussi, grâce à l'interprétation, d'élargir le cercle des parents successibles notamment en appelant à la succession les *Zeou-el-ehram* (gens de matrice) c'est-à-dire les *parents par les femmes*. Ce fut notamment l'œuvre de l'école *Hanéfit*. Le droit de ces parents par les femmes de recueillir les biens du défunt ne leur appartient toutefois que s'il n'existe pas d'autres héritiers *fards* ou *acebs*. En réalité la vocation des *Zeou-el-ehram* est surtout destinée à empêcher le Trésor public de prendre la succession vacante.

Malgré l'Islamisme la polygamie n'était pas très fréquente chez les Turcs. En effet, les mœurs et les principes moraux y étaient hostiles. Une preuve de la rareté de la polygamie en Turquie résulte de ce que le législateur de 1926 n'a même pas senti la nécessité de l'abolir expressément. — Pour les républicains fédérés à l'union soviétique l'abolition date de 1921.

DEUXIÈME PARTIE

LA SUCCESSION TESTAMENTAIRE

Dans le chapitre préliminaire de cette étude nous avons analysé la nature du testament dans le très ancien droit romain et dans les coutumes préislamiques. — En ce qui concerne le droit romain nous avons adopté la théorie soutenue par plusieurs éminents auteurs, notamment MM. Bonfante et Noailles, théorie suivant laquelle la fonction primitive du testament était la désignation du chef succédant à l'autorité, à la souveraineté du défunt. La transmission patrimoniale n'était pas, d'après cette doctrine, le but principal de l'institution d'héritier. Celui-ci acquiert avant tout l'autorité sur le groupe et ce n'est qu'accessoirement qu'il entrera en possession des biens. Du reste, les terres appartenaient collectivement au groupe ; il ne pouvait être question d'en disposer, de les aliéner, car elles formaient la source de subsistance du groupe tout entier. — Le parallélisme des vieilles civilisations romaines et arabes nous a conduit à penser que l'Arabie préislamique a connu elle aussi le testament souverain par lequel le chef de la tribu désignait son successeur, sans que cette désignation ait comporté primitivement un sens principalement patrimonial.

Bien que nous ayons déjà fourni les principaux arguments qui rendent très vraisemblables ces hypothèses, nous vou-

drions apporter ici encore quelques observations à ce sujet.

Nous avons vu que le terme de *succession* à Rome n'avait pas un sens exclusivement patrimonial. La meilleure preuve en est qu'il était parfaitement possible de laisser à quelqu'un le *titre nu* d'héritier et de distribuer toute sa fortune par des legs. Or il est très intéressant de constater que le mot arabe « *tevarussun* » qui est l'équivalent exact de « succéder » n'implique pas non plus le sens d'une acquisition patrimoniale. Le *Coran* l'emploie dans le verset suivant¹ en lui donnant la signification de la transmission d'un pouvoir et d'une charge : « *Nous avons choisi parmi nos créatures ceux qui sont aptes à succéder à nos livres. Notre choix a porté sur ceux qui ne sont pas des tyrans pour les autres ou pour eux-mêmes, sur ceux qui sont économes et qui vont dans les voies de Dieu pour faire la bienfaisance* ». — Dans ce verset et dans bien d'autres le mot « *tevarussun* » implique surtout l'idée de transmission d'une fonction, d'une mission. Il est évident que les prophètes ne succèdent pas à un droit patrimonial quelconque. Ils héritent la mission de proclamer les principes de la religion, de réorganiser et réformer la société humaine, de trancher les différends entre croyants.

Cette observation est d'autant plus significative que le *Coran* ne reconnaît plus à la succession proprement dite qu'un sens patrimonial. Il peut donc sembler étonnant qu'après avoir défini avec autant de précision la notion d'hérédité comme étant un simple partage des biens du défunt, le livre saint emploie quelquefois le même mot avec un sens exactement opposé. Cela ne peut s'expliquer, ainsi que nous l'avons plusieurs fois remarqué, qu'en tenant

1. *Coran*, ch. 22. Sourat 32.

compte du fait que le *Coran* reflète souvent les conceptions sociales ou philosophiques de l'époque antéislamique.

Ce caractère du testament a persisté bien plus longtemps en Arabie qu'à Rome. La transformation du régime des biens résultant du partage des terres et la disparition de la gens a eu comme effet à Rome, de modifier radicalement la nature du testament. Cet acte est devenu purement patrimonial ; la transmission du pouvoir du pater familias n'a pas la même importance que celle du pater gentis ; le rôle social et politique de la famille décroît avec l'établissement d'un pouvoir étatique organisé¹. En Arabie préislamique au contraire, il n'y a pas une transformation aussi radicale du régime des biens et l'on ne rencontre pas un Etat central organisé susceptible d'assurer la sécurité. M. *Mahmout Essat*² écrit à ce sujet : « Dans la plupart des régions de la presqu'île d'Arabie, jamais un Etat régulier n'a été constitué. Il n'y a pas d'exemple qu'un Etat petit ou grand ait pu se fonder sur la base de l'hérédité du trône ou du pouvoir. Toujours, depuis la plus haute antiquité, ces régions étaient occupées *par des tribus indépendantes les unes des autres* et souvent en lutte entre elles. Toutes, elles étaient presque égales au point de vue de la force et de l'organisation. Dans ces pays-là rien en fait ne peut changer que très lentement et difficilement. »

Tel étant l'aspect général de l'Arabie préislamique, il est facile de comprendre toute l'importance que revêtait le maintien de l'unité et de la continuité de la famille ou de la tribu. Ce qu'il importe avant tout c'est d'assurer la cohésion des

1. Voir les intéressants développements de cette hypothèse dans le cours de M. Noailles.

2. Op. cit., p 327.

membres du groupe : pour cela l'existence d'un chef est indispensable. *La transmission de l'autorité est de beaucoup plus nécessaire à la vie du groupe que la transmission des biens.* Dans l'exemple que nous avons déjà cité où nous voyons *Mohamed* instituer héritier *Zeyd* son affranchi, il n'est nullement question de l'attribution à celui-ci de biens quelconques.

Si la théorie du testament souverain est exacte, il en résulte nécessairement que la succession testamentaire prime la succession *ab intestat*. En effet si, comme nous avons essayé de le montrer, la désignation du nouveau chef est une nécessité sociale et économique, rien ne doit s'opposer à ce que le chef de la famille, de la gens ou de la tribu puisse *choisir librement son successeur*. La liberté de ce choix ne doit pas être gênée par l'existence de règles légales ou coutumières attribuant à tel ou tel parent la vocation héréditaire. Ce serait abandonner au hasard des circonstances la désignation du souverain. Or dans une organisation politique primitive, le chef est l'homme le plus fort, le plus habile, le plus respecté. Nul n'est mieux placé pour nommer son successeur que le chef actuel.

L'affirmation de la primauté de la succession testamentaire sur la succession *ab intestat* à l'époque primitive est fortement combattue par plusieurs éminents romanistes. Selon eux, cette affirmation se heurte à l'objection fondamentale suivante : les jurisconsultes de l'époque classique romaine déclarent formellement que le fondement de la vocation successorale des *sui heredes* se trouve dans la *copropriété familiale*. Cela semble donner à ces héritiers une vocation extrêmement forte que le *pater familias* ne pourrait pas écarter en appelant à la succession une personne étrangère. C'est

pourquoi, d'après ces auteurs, le pater ne pouvait instituer par testament que les *sui heredes*¹.

Cette opinion nous semble en contradiction absolue avec la nature du testament. M. Noailles a longuement développé dans son cours de doctorat les différents arguments qui s'y opposent. — On ne voit pas notamment comment, après avoir joué un rôle si effacé à l'origine, le testament serait devenu à l'époque classique un acte absolument libre. — Sans doute dans la plupart des cas le chef choisissait-il son successeur parmi ses descendants : mais il n'y a là aucune obligation stricte. — Quoiqu'il en soit, en Arabie préislamique, plusieurs faits nous attestent que le chef de la tribu n'était pas obligé de choisir son héritier parmi les membres de sa famille ou parmi ses propres descendants. Nous savons que *Mohamed*, avant d'être investi de la mission divine, a institué héritier *Zeyd* son affranchi, bien qu'il avait de nombreux parents. Il appartenait en effet à la branche des Hachimites qui comptait des centaines d'âmes et avait notamment plusieurs oncles et cousins paternels. — M. *Mahoumed Taki Mechhour*, auteur d'un ouvrage historique en 7 volumes, *Nassihi Tavarih* (les Textes de l'Histoire) en partant des usages des tribus arabes nous dit : « D'après l'usage des Kou-raychites le chef d'une famille ou d'une tribu désignait « en public celui qui serait son successeur. Par exemple, « Abdoul Muttalip, protecteur et grand-père du prophète a « désigné son successeur devant les Kouraychites réunis « sur la place du quartier. — *Ce successeur était bien « l'homme le plus apte et le plus digne de toute la tribu.* »

Ce passage nous montre très clairement quelle était la seule préoccupation du chef de famille : choisir un chef

1. Lévy-Bruhl, cours 1935-1936, p. 597.

capable de protéger et de faire respecter le groupe. Aucune règle coutumière ou légale ne venait limiter son choix.

Il y a une autre raison qui, en Arabie, s'oppose à ce que le *pater* soit obligé de transmettre ses pouvoirs à ses propres descendants, exclusivement : c'est le souci primordial des Arabes de ne créer à l'intérieur du groupe aucune opposition d'intérêts, aucune rivalité susceptible d'en amoindrir la cohésion. Si le chef d'une famille était tenu de prendre parmi ses descendants son successeur, cela occasionnerait bien des jalousies, bien des intrigues. Au contraire si le choix se porte sur l'homme le plus digne de revêtir la fonction de chef, la solidarité du groupe s'en trouvera renforcée car les qualités du nouveau chef sont telles que l'on peut estimer qu'il est tacitement choisi par la majorité des membres du groupe.

Cet état d'esprit est si profondément ancré chez les Arabes que, malgré la réaction de l'Islamisme hostile à la solidarité familiale, on peut à l'heure actuelle encore en constater les effets. Le chef de famille a un tel souci de n'introduire aucune discrimination entre les membres de la famille qu'il serait souvent impossible au voyageur admis dans la maison familiale de savoir quels sont les propres enfants du chef.

Telles sont les fortes considérations qui nous permettent de conclure que la désignation du successeur par le *pater*, était un acte entièrement libre et que par conséquent l'hérédité testamentaire est bien la forme la plus ancienne des successions arabes et romaines.

Abordons maintenant l'étude des différentes espèces de testament en Arabie préislamique, islamique et en droit romain.

Nous consacrerons les deux premiers chapitres de cette partie à l'étude des *conditions de forme* et de *fond* du testament romain, islamique et préislamique. — Puis dans un troisième chapitre nous analyserons l'une des institutions les

plus originales du droit musulman, — le Houbous — institution indispensable à connaître pour la bonne compréhension des principes successoraux islamiques.

CHAPITRE PREMIER

FORMES DU TESTAMENT DANS L'ANCIEN DROIT ROMAIN ET DANS LES COUTUMES PRÉISLAMIQUES.

Nous ne nous proposons pas d'entreprendre dans ce chapitre une analyse approfondie des formes et de la nature du testament dans l'ancien droit romain. L'objet de notre thèse étant d'établir une comparaison entre les coutumes arabes et le droit romain, nous ne retiendrons ici que les questions où l'analogie peut s'établir entre les deux systèmes, de manière que les problèmes restés obscurs dans l'une ou l'autre législation puissent être éclairés, élucidés par cette comparaison même.

En ce qui concerne le testament dans l'ancien droit romain nous avons peu de renseignements dans les textes des jurisconsultes romains. Ces textes se contentent plutôt d'affirmer l'existence de trois formes testamentaires sans rentrer dans le détail de l'institution. Voici le texte fondamental de Gaius (II. 10) :

« *Testamentorum autem genera initio due fuerunt Nam aut calatis comitiis testamentum faciebant quae comitia bis in anno testamentis facieridis destinata erant, aut in procinctu, id est eum belli causa arma sumebant* »... 102.
« *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur.* »

Les textes d'*Ulpien* (Regulad 20.2) et de *Justinien* (Institutes II.I) répètent les mêmes renseignements.

Un texte d'*Aulu-Gelle* (Nuits attiques 15.27) nous fournit quelques détails sur les comices calates; rapportant les paroles de Labéon, cet auteur écrit : « *Calata comitia esse quae pro collegio pontificum habentur... idem comitūs quae calata appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenti fieri solebant* ». Le texte continue en affirmant comme les trois autres, l'existence dans le vieux droit civil de trois formes de testaments : devant les comices, devant l'armée et par l'airain et la balance.

Quant aux coutumes préislamiques, les sources concernant le testament sont encore plus rares. Nous en rendrons compte au cours de la rapide étude que nous allons entreprendre : ce chapitre sera divisé en quatre sections respectivement consacrées au testament *comitial*, *in procinctu*, au testament « *par l'airain et la balance* » et au testament *islamique*.

SECTION I

LE TESTAMENT COMITAL.

Rome a connu plusieurs sortes de réunions populaires dénommées comices : les comices par *curies* puis, après la fondation de la république, les comices par *centuries* et par *tribus*.

Nous ne nous occuperons ici que des plus anciennes.

Le mot *curie* vient du verbe *curare*, du mot « *covivia* » ce qui signifie l'ensemble des hommes. Les femmes en étaient certainement exclues. Mais il semble bien que les plébéiens n'en faisaient pas non plus partie. Monsieur le Professeur Noailles nous dit que la nécessité de faire le testament devant les comices par *curies* est l'un des arguments les plus précieux de l'antiquité du testament.

Voici les autres renseignements que nous donne l'éminent professeur : « Ce testament est fait devant le peuple des *gentes* divisé en 30 *curies*. Les comices *curiates* sont appelés comices *calates* de « *calare* » qui veut dire « convoquer ». Ils sont appelés par le « *calator* » le lecteur au service des pontifes. L'objet de ces réunions présidées par les pontifes sont le testament et la *destatio sacrorum*, c'est-à-dire l'abandon des *sacra* par l'adrogé rentrant dans la famille de l'adrogeant. Ils sont présidés sous la République par le « *rex sacrorum* » représentant l'ancien roi et sont sous la surveillance du collège des pontifes, qui a la charge du culte et du droit religieux. Leur réunion a lieu deux fois l'an, proba-

blement le 24 Mars et le 24 Mai, d'après ce que nous dit le calendrier romain où il y a dans l'année deux jours seulement où les comices sont obligatoirement réunis ».

Il faut nous demander si les arabes pratiquaient eux aussi de pareilles réunions.

L'existence d'assemblées populaires en Arabie préislamique, nous est attestée par plusieurs sources. *Mollah Fetullah Kachani*¹ en parlant de l'*adrogation* qui était si souvent pratiquée en Arabie païenne, nous dit que cet acte devait être fait devant le peuple rassemblé. Notons sur ce point une parfaite analogie avec l'*adrogation* romaine. — Non seulement la réunion du peuple était nécessaire pour l'*adrogation*, mais à la différence des lois romaines, l'exclusion de l'adrogé de la famille de l'adrogeant était un acte également public. A ce sujet nous pouvons rapporter les faits suivants racontés par l'historien arabe *Ibni Ishak*².

« *Velit*³ a amené son adrogé *Ossman* sur la place des Kou-raychites et déclara en lui prenant la main : Cet homme n'est plus mon adrogé ! S'il abandonne la religion de Mohamed, je le réadrogerai. Après cette déclaration Velit lui donne une gifle, ce qui doit signifier qu'à partir de ce moment Ossman est sorti de son autorité et qu'il ne lui doit plus de protection. »

Nous savons aussi que Mohamed a désigné Zeyd comme héritier devant le public rassemblé.

Il est inutile de multiplier les exemples : l'existence de réunions populaires à *Médine* ou à la *Mecque* est un fait historique certain.

1. Op. cit., p. 585.

2. Cité par Lutfullah Fikri (op. cit.), p. 89.

3. Velit est connu dans l'histoire sous le nom de Habit Ibni. Converti à la foi musulmane en l'an XX de l'Hégire, il a conquis l'Iran en battant l'armée de Yezsejjourt.

Mais à la différence des réunions romaines qui étaient parfaitement réglementées, nous ne pensons pas qu'en Arabie préislamique, où nulle organisation étatique n'a pu exister, ces assemblées aient été réunies d'après des règles précises. Il est certain que les affaires étaient discutées en public, mais la composition de la réunion différait suivant la nature de chaque affaire. Il est probable que ces différentes réunions se tenaient autour du temple de *Kaâba*. Une fois par an cependant une grande réunion devait avoir lieu, rassemblant tous les Arabes du *Hidjaze*. L'importance de cette réunion était telle que, pendant sa durée, toutes les hostilités entre tribus devaient être suspendues. Même en Islam nous retrouvons la trace de ces anciennes coutumes; l'obligation pour tous les croyants riches, d'aller une fois dans leur vie à la *Mecque* pour discuter en commun les questions intéressant le monde musulman en est certainement une survivance.

Ainsi que le remarque M. Molla Fettulah Kachani pour pouvoir prendre part à ces différentes réunions, il faut avoir un certain âge, être capable de porter l'épée. Il est fort possible que dans certains cas seuls les chefs de famille se réunissaient, comme dans l'exemple cité par M. Lutfullah Fikri¹ où l'on voit les Kouraychites constituer un fond commun pour la lutte contre Mahomed et ses partisans.

La question de la *date* de ces différentes réunions est imprécise vu la diversité même de ces réunions. Seule l'assemblée de tous les Arabes du *Hedjaze* devait avoir lieu au mois 10 (*Zilhadjdja*)². L'Islam a conservé la même date pour la cérémonie religieuse du pèlerinage. Il est intéressant

1. Op. cit., pp. 123-124.

2. Etant donné que le calendrier arabe est basé sur le mouvement de la lune le mois *Zilhadjdja* correspond chaque année à un autre mois du calendrier adopté par les pays modernes.

cependant de noter que le 24 Mars jour de réunion des comices est pour les Persans, à l'époque préislamique, un jour sacré : La célébration du premier jour de l'an. Il a gardé ce caractère chez les Persans musulmans. Ce jour du 24 Mars que l'on appelle « nev rouse » — le nouveau jour — est le jour de joie et de nouveauté.

Quant à la *convocation* des assemblées arabes une parfaite, analogie existe avec le mode romain. Ce sont des « nadi » qui en sont chargés. Le mot « *nadi* » vient du verbe « *ennidâun* » qui correspond au verbe « *calare* » ; « *nadi* » est le terme traduisant exactement « *calator* » celui qui appelle, qui convoque.

En résumé, nous constatons une assez grande analogie entre les réunions populaires arabes préislamiques et romaines, avec toutefois cette différence que les premières interviennent beaucoup plus souvent dans la vie de la communauté arabe, car elles étaient convoquées dans toutes les affaires intéressant la communauté. Un point reste en tous les cas hors de doute, c'est que les arabes païens faisaient leur testament devant l'assemblée du peuple. Cela résulte non seulement des faits historiques que nous avons cités, mais aussi du caractère de cet acte de dernière volonté, acte de transmission des pouvoirs qu'il était de l'intérêt du groupe tout entier de connaître.

Nous arrivons ainsi à la question la plus importante et la plus délicate de cette matière : *quel rôle jouait le peuple réuni à l'occasion de la désignation de l'héritier. ?*

Pour l'époque classique il est certain que le rôle des comices est réduit à un simple témoignage, du reste, les comices curiates sont en complète décadence ; le peuple est représenté par les 30 licteurs des 30 curies. La liberté du testateur est donc complète dans les limites imposées par la loi ou la coutume. En tout cas, il n'a aucune autorisation à obtenir

pour la désignation de son héritier. — Mais les auteurs se demandent s'il en fut de même dans le très ancien droit romain. Ce problème est très controversé entre les romanistes.

Il n'entre pas dans notre dessein de rentrer dans les détails de cette controverse. Nous nous contenterons d'en exposer, d'après le cours de M. Noailles, les grandes lignes, afin de pouvoir établir la comparaison avec les coutumes préislamiques.

Deux thèses s'affrontent pour expliquer le rôle des comices. La majorité des auteurs pensent que, primitivement, le peuple intervenait pour *autoriser* le testateur, pour valider le choix de son héritier par un vote. A l'appui de cette doctrine on fait valoir principalement deux arguments :

1° Un argument d'analogie tiré des formes de l'adrogation. On sait que l'adrogation se faisait également devant les comices curiates et que l'adrogeant adressait au peuple une véritable demande d'autorisation, *rogatio*, dans les termes suivants : *Velitis, jubeatis quirites, uti Lucius Valerius Lucio Tilio tam jure legeque filius siet... et ita ut dixi, ita vos quirites, rogo...* (Aullu-Gelle Nuits attiques 5.49).

2° A cet argument on en ajoute un deuxième tiré de la nature présumée du testament. On considère le testament comme une loi spéciale dérogeant à la loi générale des successions, loi qui attribue les biens à la famille du *de cujus*. L'intervention du peuple s'expliquerait dès lors par le fait que le testament revêt la nature d'un acte législatif.

S'appuyant sur la thèse soutenue par Karlowa (Romisches Rechts Geschichte 1.850). M. le Professeur Noailles nous montre pourquoi il est impossible d'admettre que les comices curiates aient eu en matière testamentaire un rôle actif, un rôle comparable à celui d'un législateur :

Il est admis par tous les romanistes que la compétence législative des comices n'apparaît qu'avec les XII Tables. 50 ans environ après la fondation de la République. Les comices législatifs ne sont donc pas les comices curiates, mais seulement les comices tributes ou centuriates. Les auteurs qui attribuent aux premiers un pouvoir législatif commettent ce que les historiens appellent une « anticipation » c'est-à-dire qu'ils attribuent à une époque historique des institutions qui ne sont nées que postérieurement à cette époque.

Quant à l'argument suivant lequel le testament prend le caractère d'une *loi spéciale* dérogeant aux règles coutumières suivant lesquelles les biens du défunt doivent revenir à sa famille, nous savons ce qu'il faut en penser. Cet argument repose sur une conception du testament que nous avons combattue tout au long de cette étude. En tout cas, il devient très difficile de comprendre à *quel moment et pour quelle raison*, le testament anciennement soumis à l'approbation du peuple, est devenu par la suite un acte de libre disposition.

Reste l'argument tiré de l'analogie avec l'adrogation. Mais la comparaison entre les deux institutions fait ressortir entre elles trop de différences pour que l'on soit autorisé à leur appliquer des règles en tous points identiques. Les termes mêmes dans lesquels on s'adresse au peuple font ressortir cette différence. Dans un cas on demande une autorisation, on fait un *rogatio*; dans l'autre au contraire on emploie des paroles de commandement : *titius heres esto*. La nuncupatio contient aussi des termes impératifs *ita do, ita lego, ita testor, itaque, vos quirites testimonium michi perhibetote*.

Et voici la conclusion de M. Noailles : « On demande au peuple non pas son consentement, mais son *témoignage*. »

Dans la notion que nous admettons ici du testament, acte souverain du *chef de la gens*, cette déclaration est la forme

la plus vraisemblable par laquelle le chef annonce au peuple quel sera son héritier sans lui demander son avis, pas plus que le roi ne le lui demandait pour désigner son successeur dans la déclaration qu'il faisait au peuple. Tels sont, brièvement résumés, les différents aspects de la controverse, en droit romain. La conclusion de M. Noailles, à laquelle nous adhérons entièrement, est en tous points conforme aux données que nous possédons sur cette même question en Arabie préislamique.

Tous les auteurs de droit musulman et spécialement les docteurs du rite chiite nous affirment que le testateur avait la plus grande liberté de choix et que le peuple n'intervenait nullement pour donner une autorisation. M. *Mahoumed Taki Mechhour*¹ parlant de la désignation du successeur d'Abdoul Multalip, grand-père du prophète, déclare : « Le rôle du public était tout simplement d'entendre la communication de leur chef ». Rappelons une fois de plus l'exemple de Mohamed instituant Zeyd son héritier : En aucune façon le peuple n'est consulté ; sa présence s'explique seulement par la nécessité de donner à cet acte une large publicité. Il est dans l'intérêt de tous de savoir quel va être le continuateur de la personne du défunt, qui va avoir qualité pour conclure les différents actes juridiques au nom du groupe tout entier.

La même liberté existait en Arabie préislamique au cas d'adrogation. Sur ce point nous devons donc noter une différence avec le droit romain. Voici comment se faisait l'adrogation en Arabie païenne, d'après ce que nous dit M. Fellulah Kachani². Un chef de famille ayant choisi un autre chef de famille comme fils, il l'amenait sur la place sur laquelle le peuple se réunissait *medjméinnasse* et le présentant au peuple

1. Op. cit.

2. Op. cit., p. 585.

il se contentait de dire : désormais cette personne est mon fils et ses enfants seront mes petits-enfants. Vous Arabes, sachez ce que j'ai dit et soyez témoins. »

Cette différence dans les conditions de l'adrogation romaine et préislamique, s'explique par la différence des deux civilisations. Rome est devenue très tôt une cité organisée, or l'adrogation emportant l'extinction d'une famille intéresse la cité toute entière; de même par le fait de l'extinction d'un culte, cet acte prend une importance du point de vue religieux ce qui explique l'intervention des pontifes. Rien de tout cela en Arabie. L'absence d'un pouvoir central organisé politiquement et religieusement laisse au chef de famille la plus grande liberté dans le choix de son adrogé comme dans celui de son héritier testamentaire.

Nous ne reviendrons plus ici sur la question de savoir qui pouvait être institué héritier devant les comices. Le caractère du testament, acte de souveraineté nous oblige à admettre que le chef de la gens ou de la tribu jouissait à cet égard des plus larges pouvoirs.

Certes, avec la disparition de la gens et le changement du régime de la propriété, qui, de collective devient individuelle, le testament comitial romain change de nature. Il devient un acte essentiellement *patrimonial* et de ce fait subit de notables modifications; le *pater familias* pourra désigner *plusieurs héritiers*, alors que primitivement le *pater gentis* confiait l'autorité à un seul successeur, l'autorité n'étant pas divisible comme les biens patrimoniaux. A côté de l'institution d'héritier, le testament devenu patrimonial peut contenir d'autres décisions, telles que *affranchissements*, nomination de *tuteurs*, ou attribution de *legs*. Mais il subsistera toujours quelque chose de l'ancienne conception testamentaire : la

libre détermination du testateur. Sur ce point le *pater familias* hérite des prérogatives du *pater gentis*.

Nous l'avons déjà dit, cette transformation du caractère du testament ne s'est pas produite d'une façon aussi marquée en Arabie préislamique. Certes, là aussi l'importance économique de la transmission héréditaire s'accroît, mais l'évolution n'aboutit jamais à une modification profonde du testament qui reste jusqu'à l'avènement de l'Islamisme principalement un acte de transmission de l'autorité sur le groupe familial ou sur la tribu.

SECTION II

LE TESTAMENT « IN PROCINCTU ».

Les textes romains cités au début de ce chapitre mentionnent l'existence dans le vieux droit civil d'une deuxième forme de testament, celui que fait le militaire devant les troupes formées en bataille. Avant de s'engager dans le combat où il pouvait laisser sa vie, le chef de famille désigne à ses compagnons d'armes, quel sera son successeur. Nous n'insisterons pas ici sur les conditions de ce testament. Les sources romaines sont très pauvres à ce sujet. Mais nous avons pu constater l'existence d'une forme testamentaire analogue en Arabie préislamique. Voici ce que nous apprend M. Lutfullah Fikri sur les témoignages des historiens arabes Ibni Ishak et el Farabi :

Lors de la guerre d'*Ouhout*, *Talka bin Ebi Talha* qui portait le drapeau des Kouraychites païens s'avança vers l'ennemi et demanda un adversaire pour engager le combat. Alors sortit du rang des nouveaux convertis *Ali bin Ebou Tablib* qui portait également le drapeau et accepta le combat. Mais avant de commencer, son adversaire lui conseilla de faire son testament.

Certes, ce seul exemple ne suffirait pas pour nous permettre de conclure à l'existence en Arabie d'une sorte de testament *in procinctu*. Les paroles de *Talha* peuvent s'interpréter comme étant un défi, comme l'affirmation que l'issue

du combat ne saurait être douteuse, que l'adepte de *Mohamed* y succombera certainement. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que, pour les Arabes comme pour les Romains, faire son testament est une nécessité impérieuse. Il est donc tout à fait naturel que celui qui s'engage dans une entreprise où il y a un danger de mort, songe avant tout à s'acquitter de cette obligation¹.

1. Op. cit., p. 215.

SECTION III

LE TESTAMENT PER AES ET LIBRAM ET LA MANCIPATIO FAMILIAE.

L'existence et les formes du testament *per aes et libram* sont assez bien connues pour l'époque classique. Gaius (2.102 et 103) nous apprend qu'il se décomposait en deux opérations : 1° une *mancipatio familiae*; 2° une déclaration orale accompagnant la remise des tablettes sur lesquelles étaient inscrites les volontés du testateur.

Analysons brièvement ces deux opérations :

1° *Le mancipatio.*

Nous lisons dans le texte de *Gaius* : qui facit testamentum mancipat dicis gratis familiam suam.

Le jurisconsulte romain nous apprend ainsi que la *mancipatio*, acte de transfert de propriété, ne remplit pas en matière testamentaire sa véritable fonction. Certes, toutes les formes de la *mancipatio* seront respectées : nous y trouverons le *libripens*, l'airain, la balance, l'*emptor familiae* et les cinq témoins. Mais la personne qui joue le rôle d'*emptor familiae* ne devient pas propriétaire des biens du testateur, ne devient pas, en d'autres mots, héritier. Les paroles qu'il prononce rendent bien compte de sa situation : « *familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua eustodelaque mea esse, aio. Eaue quo tu jure testamentum facere possis, secumtum — legem publicam hoc aere aenea que libra esto mihi empti.* »

Voici en quels termes M. Noailles décrit le rôle de l'emptor familiae à l'époque classique : « il n'entre pas en possession des biens, le testament n'est pas fait en sa faveur, il n'est pas chargé de le faire exécuter, il n'est donc *ni héritier, ni exécuteur testamentaire*. Il n'a rien à voir en somme avec le vrai testament, c'est un homme de paille qui prononce les formules pour la forme *dicistratia*. Mais il a donné l'occasion de faire le vrai testament qui est la *nuncupatio testamenti*. »

2° *La nuncupatio.*

La mancipatio familiae une fois faite, le testateur intervient en prononçant les paroles suivantes : *Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt ita do ita lego ita testo itaque vos qui-rites testimonium mihi perhibetole.* — La *nuncupatio* est donc la formule orale qui accompagne la présentation des tablettes, sur lesquelles le testateur a consigné ses dernières volontés, aux cinq témoins, au libripens et au familiae emptor.

Telle est la forme classique du testament per aes et libram. Mais il est unanimement admis que, dans le vieux droit civil, les choses se passaient d'une manière sensiblement différente. Les formes classiques sont en effet assez singulières et semblent plutôt des survivances d'un système aboli qu'une création directe de la loi et de la coutume.

Il est fort probable en effet que, primitivement la désignation de l'héritier ait été faite oralement, comme dans le testament comitial, et non pas inscrite sur les tablettes.

Et il est certain d'autre part, ainsi que nous l'apprend Gaius, que la *mancipatio familiae* avant d'être une pure forme avait joué un rôle primordial. Autrefois, nous apprend le célèbre juriconsulte, l'emptor familiae, devenait réellement propriétaire de la familiae, *il tenait la place de l'héritier* et

« à cause de cela le testateur lui confiait ce qu'il voulait donner après sa mort et à qui il voulait donner. »

Nous ne pouvons pas rentrer ici dans une analyse approfondie de cette question de l'évolution du testament *per aes et libram*. L'objet de notre thèse étant simplement de rechercher les analogies pouvant exister entre les coutumes arabes et le vieux droit romain, nous retiendrons ici la seule question de la *mancipatio familiae* sous sa première forme qui présente une ressemblance frappante avec une pratique arabe dont nous avons trouvé la trace dans quelques textes.

Précisons tout d'abord en quoi consistait la *mancipatio familiae*.

L'opération réside tout entière dans l'utilisation d'un mode d'aliénation *entre vifs*, la *mancipatio*, pour réaliser une disposition à cause de mort. L'acheteur de la *familiae* devenu propriétaire des biens du testateur est chargé par ce dernier, moyennant un pacte de *fiducie*, de les répartir entre les différentes personnes qu'il lui désigne, sans doute oralement.

La question la plus intéressante qui se pose pour les romainistes est de savoir pourquoi le *pater familias* se trouve-t-il obligé, dans le vieux droit romain, d'avoir recours à cet acte dont le but n'avait certainement pas été de permettre le testament. L'explication donnée par Gaïus, et généralement adoptée par les auteurs modernes, est « qu'il y avait là un expédient pratique inventé pour le cas où, ne pouvant pas attendre l'époque du testament comitial, on essayait de copier le moins mal possible ses effets »¹.

En d'autres mots, la *mancipatio familiae* n'aurait été employée que par les personnes qui, à cause d'un danger de

1. Girard, Manuel, p. 357.

mort imminent, ne pouvaient attendre la réunion des comices pour faire un testament véritable.

Pour M. Giffard la *mancipatio familiae* aurait été une invention des plébéiens qui n'ayant pas accès aux comices ont eu recours à ce mode détourné de disposition à cause de mort.

M. Noailles dans son cours de droit romain approfondi nous fournit une explication toute différente de la nature primitive de la *mancipatio familiae*. Sans pouvoir retracer ici tous les arguments de cette savante démonstration, nous voudrions en exposer au moins la conclusion. D'après M. Noailles la *mancipatio familiae* remonte à une époque très ancienne dans laquelle le *pater familias* n'avait pas encore acquis le droit de faire un testament. A cette époque, seul le *pater gentis* pouvait désigner devant les comices son successeur. La transmission héréditaire portant surtout sur la souveraineté, on comprend que les différents chefs de famille, tous soumis à l'autorité du *pater gentis*, n'aient pas encore le pouvoir testamentaire.

Mais il est probable que ces vieilles coutumes aient reconnu à chaque chef de famille, un droit de propriété individuelle sur les quelques rares objets dont ils avaient l'usage exclusif (les esclaves, animaux et instruments de travail), le reste de la fortune, et notamment la terre, appartenant collectivement à la gens. Ayant la propriété individuelle de ces objets, le *pater familias* pouvait les aliéner par *mancipatio*. C'est ainsi qu'il aurait été amené à régler la dévolution de ces biens après sa mort, en les mancipant à un ami qui s'engageait par un *pacte de fiducie* de les distribuer aux différentes personnes désignées par le *pater*. Si au contraire ce dernier mourait sans avoir disposé, les biens en question revenaient aux des-

cendants, aux *sui heredes* en vertu d'un droit de copropriété que la coutume leur avait reconnu.

Enfin, quelle que soit l'explication que l'on adopte, un fait paraît acquis, c'est que la *mancipatio familias* du vieux droit civil était une aliénation véritable, que l'*emptor familiae* était assimilé à un véritable héritier chargé par un pacte de fiducie de distribuer les biens conformément à la volonté du *de cujus*.

Voyons maintenant quels sont les faits historiques qui nous permettent de constater l'existence en Arabie préislamique d'une pratique présentant une analogie frappante avec la *mancipatio familiae* que nous venons de décrire. Certes, il ne s'agit pas d'une analogie formelle, car l'Arabie n'a pas connu la subtile division des biens en *res Mancipi* et *nec Mancipi* et par conséquent n'a pas connu plusieurs modes de transfert de propriété. Mais la question de forme est ici accessoire : ce qui importe c'est la nature et le but de l'opération. Cette réserve faite, voici ce que nous relate M. Lutfullah Fikir¹ sur la foi des récits des historiens arabes Ibni Ishak et Farabi :

Les nouveaux convertis ayant reçu l'ordre de *Mohamed* de quitter La *Mecque* pour aller à *Médine*, les chefs de famille commencèrent de quitter clandestinement la ville, la plupart en y laissant leurs familles. Mais ce voyage n'étant pas exempt de dangers quelques-uns des émigrants prirent la précaution de régler le sort de leurs biens. Et pour cela, chacun agissant pour son propre compte, ils eurent recours au prophète lui-même, à qui ils confièrent une mission tout à fait semblable à celle du *familiae emptor* du vieux droit civil romain. Ils instituèrent Mahomed héritier de leurs biens en le chargeant de

1. Op. cit., pp. 179-182-183.

les distribuer à certaines personnes désignées par le disposant¹.

Plusieurs observations doivent être faites au sujet de ce récit.

1° Si les nouveaux convertis ont eu recours à ce procédé, c'est sans doute parce qu'il était admis par l'ancienne coutume *mecquoise*. En effet, les règles successorales et testamentaires coraniques sont de 4 ans postérieures à cet événement. Nous savons que la réforme de Mohamed a été réalisée par étapes successives; aussi longtemps qu'un *verset du Coran* ne venait pas défendre expressément une ancienne coutume, les arabes continuaient à l'appliquer.

2° Si les chefs de famille avaient, chacun pour sa part, choisi Mohamed comme héritier chargé de distribuer les biens selon leur volonté, ce n'est pas parce qu'il était leur prophète, mais parce qu'il était bien l'homme de confiance le plus respecté à la *Mecque*. Avant d'être investi de la mission divine Mohamed avait reçu de ses concitoyens le titre « El Emin » qui signifie justement « homme en qui on peut avoir confiance ». C'est à ce titre qu'il avait été chargé de trancher plusieurs litiges qui avaient surgi entre les tribus.

3° Enfin le fait d'avoir eu recours à Mohamed s'explique également par ce que leur nouvelle foi leur interdisait l'accès aux réunions publiques, devant lesquelles les arabes faisaient normalement leur testament.

Pour compléter la description de la *mancipatio familiae* romaine et du procédé analogue pratiqué en Arabie préisla-

1. M. Lutfullah Fikri, op., cit. (88-90), nous cite un deuxième exemple rapporté par Ibnî 'Ishak et Farabi : au moment de leur émigration en Abyssinie, les nouveaux convertis qui, clandestinement, quittèrent l'Arabie sans pouvoir emporter leurs biens, les confièrent à des amis en les chargeant de les répartir à certaines personnes.

mique, il faut se demander quelle sanction, quelle garantie avait celui qui recourait à ce moyen indirect de disposition à cause de mort. En agissant ainsi, le *pater familias* ne risquait-il pas de se heurter à la mauvaise foi du *familiae emptor*? Certes, ce risque est-il très réduit à cause des rapports d'amitié qui lient les deux parties à l'acte, mais une sanction est cependant nécessaire.

A l'époque gentilice la sanction de cet acte qui repose sur la *fides* est purement familiale et découle de l'autorité du *pater gentis*. La justice de l'Etat n'intervient pas encore pour sanctionner ce genre d'actes. Cette thèse est notamment développée par M. Giffard¹.

Nous croyons qu'en Arabe préislamique une sanction analogue existait. Les Arabes païens étaient très respectueux de la parole donnée. *Un hadiths*² de Mohamed résume admirablement cette conception de la *fides* : « Dans trois cas un « musulman devient païen : 1° s'il ment; 2° s'il détourne la « chose confiée; 3° s'il ne tient pas sa promesse et s'il ne « l'exécute pas loyalement et fidèlement ».

Ces paroles ne sont pas, à notre avis, une innovation de l'Islam. On sait que malgré son esprit réformateur, Mahomed reste avant tout un Arabe attaché aux anciennes coutumes de son pays. Ce *hadiths* du prophète montre bien la force du principe de la *fides* en Arabie : il faut remarquer en effet que ce n'est pas l'inobservation des dogmes musulmans qui entraîne la déchéance du croyant mais le seul fait de ne pas respecter sa parole. C'est là une preuve, selon nous, que le principe résumé par le *hadiths* de Mahomed n'est pas puisé

1. Giffard, op. cit., p. 85.

2. Voici le texte de ce *hadiths* (Haddisum nebevi, p. 43) : « Elanetun nifake selassetun. Iz hedess Kézébé vé iz o tuminné Ka khané vé iz vâade hulfi. »

dans les enseignements de la nouvelle religion mais repose sur les anciennes traditions arabes.

Nous arrêtons ici l'étude des formes testamentaires en droit romain et en Arabie préislamique. L'avènement de l'Islamisme a apporté dans la matière testamentaire un bouleversement profond. Alors que jusqu'ici nous avons pu constater un certain parallélisme entre le vieux droit romain et les coutumes des arabes païens, parallélisme que nous avons essayé de faire ressortir en comparant les institutions successorales des deux peuples, la réforme coranique engage le droit successoral arabe dans une voie toute différente. Nulle comparaison n'est plus possible. C'est pourquoi nous négligerons dans la suite les formes testamentaires du droit romain classique et impérial, nous contentant de décrire le testament en droit musulman.

SECTION IV

LE TESTAMENT EN DROIT MUSULMAN.

Toutes les fois que l'occasion s'est présentée nous n'avons pas manqué de souligner la nature particulière du testament en droit islamique. Rappelons-en les principaux traits :

Le testament islamique, quelle que soit la forme sous laquelle il est fait, est un acte de dernière volonté par lequel le testateur procède à la nomination des tuteurs, à l'affranchissement de ses esclaves, enfin et surtout à l'attribution des legs dans la mesure du tiers disponible.

Ce testament ne peut donc pas contenir une institution d'héritier ; seule la parenté ou les *versets coraniques* peuvent conférer cette qualité.

Malgré ce changement radical de la nature du testament, il faut néanmoins remarquer que, pour les musulmans, faire son testament est une obligation morale et religieuse très stricte. Cette obligation est prescrite par le *verset* 107 du chap. 7 du Coran ainsi que par un « *hadiths* » du prophète.

Les termes de ce « *hadiths* » sont les suivants : « *Celui qui mourra sans avoir fait son testament sera considéré comme n'ayant connu ni Dieu ni son prophète* ». Cette parole du prophète qui n'a guère été mentionnée par les spécialistes du droit musulman se trouve dans un très vieux livre du *Mudjtehit Moukaddessi Erdébili*, intitulé *Rouzetul Vaïzin* (page 392) et qui date de l'an 313 de l'*Hégire* (943 après *Jésus-Christ*).

Ceci rappelé étudions en plusieurs paragraphes les différentes formes du testament musulman¹.

§ 1. — LE TESTAMENT ORAL.

C'est la forme du testament la plus simple ; elle consiste dans la déclaration orale par le testateur de ses dernières volontés devant deux témoins honnêtes. Cette forme de testament suppose donc les deux seuls conditions suivantes :

1° La déclaration des dernières volontés.

2° La présence de deux témoins honnêtes (au minimum).

C'est le Coran lui-même qui indique ce genre de testament ; *le livre saint* n'en prévoit pas d'autre. En voici les termes² :

« O ! croyants, lorsque vous serez sur le lit de mort, appelez près de vous deux hommes équitables pour que vous fassiez votre testament. Si un accident mortel vous surprend au cours de votre voyage, vous pouvez vous servir comme témoins même d'étrangers. Si vous avez un doute sur leur sincérité, exigez qu'ils prêtent serment, qu'ils jurent devant Dieu qu'ils ne trahiraient point leur témoignage pour rien au monde. »

C'est là le texte principal. Il est suivi d'autres versets contenant une minutieuse réglementation au sujet du témoignage. La plupart des arabes aux premiers siècles de l'*Hégire* étant illétrés, il est facile de comprendre l'importance du rôle des témoins³.

1. Pour la forme au testament musulman nous nous rapporterons principalement au rite Malékite qui a étudié avec un soin particulier cette matière.

2. Verset 107, ch. 7, édition Istamboul.

3. Dans le commentaire de ce verset, Molla Fetullah Kâchani, dans le livre déjà cité (p. 148) nous dit qu'à l'époque préislamique le nombre des témoins dans des actes pareils était presque illimité.

La question pratiquement la plus délicate est celle de l'honorabilité du témoin ; cette qualité peut donner lieu à des contestations. Ici, comme ailleurs, le Cadi en sa qualité de procureur du Calife, intervient pour régler la question. Au début le *Cadi* agréait comme témoins de ce genre d'actes, deux croyants dont l'honorabilité n'a été contestée par personne. Peu à peu ces témoins devinrent des fonctionnaires nommés par le Cadi et contrôlés par lui : ce sont les *adouls*¹ qui subsistent encore actuellement surtout en Afrique du Nord.

Une autre hypothèse doit-être envisagée, c'est celle d'absence d'*adouls*. En ce cas le nombre des témoins doit être douze. S'il en manque la moitié ou plus, les héritiers peuvent constater la valeur de leur témoignage et refuser aux légataires l'entrée en possession des biens légués. — Dans l'ancienne Pese au cas où les héritiers contestent le nombre des témoins ou leur honorabilité, il appartient aux légataires de présenter un « *teszkia* », certificat de bonne conduite et de bonnes mœurs, qui donnerait au témoignage contesté la même valeur que celui des *adouls* professionnels.

On peut rapprocher cette forme de testament musulman du testament nuncupatif du bas-empire avec cette différence que, pour ce dernier, le nombre des témoins était d'abord de cinq, puis probablement sous l'influence du droit préto-rien, il s'est élevé à sept.

§ 2. — TESTAMENT PAR ACTE PUBLIC.

Cette forme de testament ne résulte pas des prescriptions

1. Dans l'ancien empire ottoman ces témoins étaient désignés pour chaque cas par le Cadi de la région. Dans l'ancienne Perse c'est le curé de la paroisse qui désigne les témoins.

coraniques, mais fut inventée par les jurisconsultes du ⁱⁱ^e siècle de l'Hégire pour répondre aux nécessités de la pratique. Il est fort possible que le droit musulman ait fait à cet égard, aussi bien que le bas-empire, un emprunt à la civilisation *hellénique*.

Les formalités sont pour ce testament extrêmement simples. Au lieu de faire une déclaration verbale, le testateur devra écrire ses dernières volontés en présence de deux *adouls*.

En dehors de ces deux conditions : 1^o la mise par écrit de ses volontés ; 2^o la présence des adouls, ce testament comporte d'autres formalités mais qui sont plutôt d'ordre religieux que juridique. Nous croyons donc que l'absence de ces formalités (par ex. la formule de la foi) — auxquelles du reste le musulman ne songe jamais à se dérober — ne comporterait pas comme sanction la nullité de l'acte ; seulement le testateur n'aura pas acquitté une obligation morale et religieuse.

Cette forme de testament présente sur la précédente l'avantage d'offrir plus de sécurité, de prévenir les contestations et les procès. Elle est pratiquée dans l'Islam aussi fréquemment que la première.

Si l'authenticité du testament est contestée, les règles ordinaires des preuves s'appliqueront.

Ce testament écrit ressemble au testament public pratiqué sous le bas-empire. Ce dernier se faisait devant un magistrat ou devant les autorités municipales. La déclaration était dressée par écrit et devait être conservée au greffe de l'administration.

§ 3. — LE TESTAMENT SECRET.

Cette dernière forme du testament islamique est assez différente des précédentes. Les formalités en sont plus nombreuses et par conséquent les cas de nullité plus fréquents, par contre, il présente une sécurité plus grande.

Le testament secret doit être écrit de la main du testateur ou par une personne étrangère; il doit être plié et cacheté, et présenté ainsi à deux *adouls*, lesquels certifieront après la mort du testateur que cet acte est bien son testament.

Précisons les différents termes de cette définition.

1° Le testament doit être écrit de la main du testateur ou d'une personne qui n'est ni héritière, ni gratifiée. On comprend facilement cette dernière réserve, surtout en tenant compte du grand nombre d'illettrés en Arabie, un héritier serait trop tenté d'omettre quelque legs; un légataire au contraire aura la tendance d'en ajouter.

2° En présentant son testament aux deux *adouls*, le testateur n'est pas obligé d'en révéler le contenu. Le rôle des *adouls* est réduit à l'affirmation de la véracité du titre.

D'après la jurisprudence, pour que ce testament soit valable, il ne doit comporter, après sa confection aucune modification.

Enfin toujours dans le but d'en garantir la sincérité, il doit contenir cette formule finale : « Assurer l'exécution de ce testament. »

Ajoutons enfin, comme pour les autres formes, les formalités d'ordre religieux et notamment la formule de la foi. L'emploi de cette formule est tellement dans les habitudes musulmanes, que les juristes ne se demandent même pas

quelle serait la conséquence de sa non-observation. A notre avis la sanction ne serait pas juridique, mais purement religieuse.

Une hypothèse doit être envisagée, celle où on ne trouverait pas des *adouls*. S'appuyant sur l'autorité du Coran qui exige pour la validité du testament la présence de deux témoins croyants, les juristes musulmans permettent aux testateurs de recourir au témoignage de deux personnes qui ne sont pas des *adouls*. Ces deux témoins se présenteront devant le Cadi après la mort du testateur et affirmeront que l'acte émane bien du défunt. Mais pour que ce testament soit valable aux yeux de la justice, il ne doit comporter ni changement ni rature.

Cette forme testamentaire est assez semblable au testament prétorien à Rome : ce dernier était écrit sur des tablettes et présenté clos à sept témoins. On peut même supposer que le testament écrit islamique a été emprunté au droit romano-byzantin¹.

Il est même assez curieux de remarquer que le testament secret semble en contradiction avec les recommandations du *Coran*. Nous savons que d'après le livre saint les témoins doivent *entendre* les dispositions du testateur. Les juristes musulmans n'ont pas craint, comme le prêteur à Rome, d'aller à l'encontre des règles du droit formel, lorsque les nécessités de la pratique l'exigeaient.

En conclusion de ce chapitre nous devons constater combien la loi et la jurisprudence musulmanes ont simplifié les formalité des testaments. Leur seule préoccupation est d'assurer la sincérité de la manifestation de la volonté du

1. Cf. O. Pesle. Le testament dans le rite Malékite, p. 115.

testateur. Bref c'est l'adhésion au principe de l'autonomie de la volonté.

Tels sont les quelques renseignements que nous avons cru utiles à donner, au sujet de la forme du testament. Dans le chapitre suivant nous analyserons brièvement quelques-unes des principales conditions de fond.

CHAPITRE II

RÈGLES DE FOND EN MATIÈRE TESTAMENTAIRE.

Dans ce chapitre nous étudierons quelques-unes des principales conditions de fond du testament musulman préislamique et romain. Rappelons avant tout la différence essentielle qui sépare le premier des deux autres. Le testament musulman ne comporte pas d'institutions d'héritier ; il a un caractère purement patrimonial. Nous savons que c'est là une des réformes fondamentales de *Mohamed* par quoi il voulut réagir contre l'esprit de solidarité familiale qui à ses yeux constituait la principale cause de l'anarchie politique dans la péninsule arabe. Il en était tout différemment en Arabie préislamique où le fondement de la succession testamentaire était la désignation du nouveau chef de tribu ou de famille. De même dans le vieux droit romain, le testament est l'acte par lequel *le pater gentis* nomme son successeur ayant autorité sur le groupe. Sans doute cette conception se modifie-t-elle après la disposition de la *gens* en tant qu'unité politique, mais le pouvoir testamentaire qui, du *pater gentis* passe au *pater familias*, conserve de nombreux traits rappelant l'état antérieur. La plus caractéristique de cette survivance, c'est la nécessité de l'institution d'héritier. A l'époque classique encore, bien que depuis longtemps, le testament soit devenu un acte purement patrimonial, pouvant contenir des legs, des affranchissements, etc., on déclare « Caput et fundamentum totius testamenti heredis institutio » (Gaius 2.229).

Sous le bénéfice de ces observations abordons en plusieurs sections l'étude des questions suivantes :

1° *Factio testamenti* active.

2° *Factio testamenti* passive.

3° Révocation, caducité et nullité en testament.

SECTION I

FACTIO TESTAMENTI ACTIVE.

Pour faire valablement un testament en droit islamique il suffit d'être libre, ne pas être failli, être doué de discernement, être propriétaire de la chose léguée. Toute personne quelque minime que soit son patrimoine peut en disposer par testament. Les femmes ont sans contestation le droit de tester.

Précisons les différents termes de cette proposition en nous demandant également quelle était sur chaque point la coutume préislamique et la législation romaine.

§ 1. — Il suffit, avons-nous dit, que le testateur possède des biens, pour avoir le droit d'en disposer testamentairement. Cette règle admise par l'*Islam* à cause du caractère exclusivement patrimonial de l'acte de dernière volonté, n'était pas suivie dans la vieille coutume arabe ou romaine. Avoir des biens ne suffit pas, il faut aussi posséder l'autorité sur un groupe de personnes.

Seul le *chef de la tribu* et le *pater gentis* disposent du pouvoir testamentaire. Avec la désagrégation des tribus et des gens, les chefs de famille, acquièrent le droit de faire leur testament. Mais encore fallait-il être chef de famille c'est-à-dire, à Rome, être « sui juris ». Le droit classique et impérial apportera quelques tempéraments à cette règle en permettant aux *aliéni juris* de disposer à cause de mort de leur pécule : mais en dehors de ces cas le vieux principe subsiste.

Dè même en Arabie préislamique les tribus, autrefois très nombreuses, se décomposent à mesure que la sécurité se renforce et que la vie dans la péninsule devient plus stable. Mais le groupe familial, dans le sens le plus large, c'est-à-dire formé non seulement des descendants, mais aussi de nombreux collatéraux garde son unité autour d'un chef. Seul ce dernier a le droit de désigner son successeur.

Notons ici une condition qu'exige le droit romain, mais qui est inconnue en Arabie aussi bien islamique que païenne ; pour pouvoir faire un testament dans les formes romaines, il fallait être citoyen ou appartenir à une cité ayant conclu avec Rome un traité lui conférant le « *jus commercium* » les autres peuples soumis à la domination romaine ne pouvaient faire leur testament que dans les formes de leur loi nationale. Une pareille division des droits et des peuples est inconnue en Arabie. Selon l'*Islam* tous les croyants sont frères. Le but fondamental du prophète a été l'unification de l'Arabie. Mais avant l'Islam même, on ne professait pas en Arabie une distinction juridique entre les différentes tribus¹.

§ 2. — Pour pouvoir tester il faut être *libre*. Le droit musulman n'accorde donc pas le pouvoir testamentaire aux esclaves² malgré l'adoucissement de leur sort en vertu des préceptes coraniques. Cette règle était à plus forte raison suivie en Arabie préislamique, ainsi qu'en droit romain. Cependant on doit noter qu'à Rome l'esclave de l'Etat — *servus publicus* — peut disposer par testament de la moitié de son pécule. Cette exception est inconnue en Arabie islamique ou païenne.

§ 3. — Le droit musulman exige que le testateur soit doué

1. Certaines tribus s'attribuaient seulement quelques droits et privilèges purement honorifiques.

2. Cf. Abdoullah bin Rachit. Loubab el Loubab, pp. 199-300.

de discernement, soit capable de discerner le mal et le bien, au point de vue moral, juridique, économique. Il s'agit donc d'une capacité de fait.

Il n'y a pas en droit musulman de règle précise au sujet de la capacité testamentaire des *mineurs*. Suivant certains rites la capacité de tester est reconnue à partir de l'âge de 12 ans, d'autres exigent 15 ans révolus. Mais on considère en général que c'est là une question de fait qui sera laissée à l'appréciation du juge, et des parents.

Il en est de même à l'égard des personnes atteintes d'*aliénation mentale*. Mais le droit musulman ne frappe pas d'incapacité les *prodigues*. Cependant le *Coran* commande dans plusieurs *versets* aux croyants de ne pas être prodigues et les juristes du rite chiite en déduisent que la prodigalité constitue un péché. Cependant ni le *Coran* ni la doctrine n'ont sanctionné juridiquement les actes du prodigue.

Sur tous ces points les règles romaines sont bien plus strictes : les impubères, les fous et les prodigues sont incapables de tester.

Quant aux coutumes préislamiques la nature du testament en exclut certainement tous ceux qui pour une raison ou une autre ne possèdent pas l'autorité sur le groupe familial ou la tribu.

On peut rapprocher de ces incapacités, celles qui frappent en droit romain les *sourds* et les *muets*, auxquels les formes classiques du testament sont inaccessible. Ils n'acquièrent la possibilité de tester qu'en droit impérial où ils peuvent faire un testament écrit en présence d'un témoin supplémentaire, ce qui en porte le nombre à huit. Enfin il existe en droit romain *certaines déchéances* découlant de faits délictueux.

Ces incapacités spéciales en sont pas connues par le droit

musulman. Quant au droit préislamique nous ne trouvons aucune source de renseignements sur cette question.

§ 4. — La *femme* a, sans aucun doute, la capacité de faire son testament en droit islamique. Il n'y a à cet égard aucune distinction entre l'homme et la femme. Le verset coranique traitant du testament emploie la forme de la deuxième personne au pluriel sans faire apparaître une différence des droits de l'homme et de la femme. Cette règle découle tout naturellement du caractère patrimonial du testament musulman.

En droit romain au contraire, c'est fort tard que la femme requiert, par des voies plus ou moins détournées, le droit de tester¹. Dans l'ancien droit romain et même à l'époque classique la femme ne peut pas disposer de ses biens à cause de mort.

Cette incapacité testamentaire de la femme romaine confirme bien la nature du testament primitif, acte de transmission de souveraineté. En effet, si le testament avait toujours été un acte patrimonial comme il est devenu vers l'époque classique, on ne comprendrait pas pourquoi les femmes romaines « *sui juris* » qui peuvent posséder des biens et en disposer entre vifs, tout au moins avec l'*anctoritas* de leur tuteur n'auraient pas pu employer la forme testamentaire de disposition. Certains auteurs expliquent cette incapacité de la femme par le fait qu'elle n'avait pas accès aux comices. Mais c'est là une explication insuffisante, car l'incapacité testamentaire de la femme persistera même après la désuétude des comices

1. Parmi ces procédés citons sans insister : la *comptio fiduciaire* grâce à laquelle la femme échappait à la tutelle de ses agnats ; le droit prétorien qui accorde sur la base du testament de la femme une *bonorum possessio* ; enfin sous l'empire les *femmes ayant mis trois enfants au monde*, peuvent tester sans l'autorisation du tuteur.

curiales, à un moment où le testament pouvait être fait avec des formes parfaitement accessibles aux femmes.

Une deuxième cause de l'incapacité testamentaire de la femme romaine a été mise en lumière par M. Noailles¹. C'est le souci de la *conservation des biens dans la famille*. La preuve en est que tout en appelant la femme au partage des biens du *de cuius*, elle n'acquiert pas sur sa part un droit de disposition absolu. La femme romaine est mise sous la tutelle perpétuelle de ses proches parents. Et cette tutelle ne concerne pas la protection de la personne mais celle des biens. Cette tutelle n'a pas d'autre raison d'être que le désir de conservation du patrimoine familial.

Le droit musulman ne s'embarrasse pas de ces considérations. Il lui importe peu que la femme se marie avec une personne appartenant à une autre tribu, car dans l'*Islam* tous les croyants sont frères. La femme musulmane ne peut pas du reste épouser un non-musulman. Nous savons enfin que l'*Islam* est hostile à la solidarité familiale. — Rappelons toutefois cette règle du rite *chiïte* qui interdit aux veuves le droit de disposer de leurs immeubles.

Quant aux coutumes préislamiques il est certain quelles ne reconnaissaient pas aux femmes la capacité testamentaire. Nos développements antérieurs expliquent suffisamment la raison de cette exclusion.

§ 5. — Précisons enfin la dernière condition que doit remplir le testateur : *être propriétaire de la chose léguée*. Le droit musulman tire de ce principe une conséquence fort importante, à savoir, les gens en *faillite* ou ceux dont les dettes

¹. Op. cit., p. 109.

dépassent l'actif ne peuvent faire un testament valable. Il est permis cependant de tenir compte du fait que le testament musulman peut contenir des dispositions qui n'ont rien de pécuniaire. Aussi bien les docteurs du rite *chiïte* déclarent-ils que le testament du failli doit être exécuté dans toute la mesure où il ne touche pas aux questions patrimoniales et notamment en ce qui concerne la nomination du tuteur testamentaire. Mais en général les autres rites de l'*Islam* ne reconnaissaient pas au failli le droit de faire un testament valable¹.

En droit romain la question de solvabilité du testateur se pose sous un aspect tout à fait différent du fait que l'héritier est considéré comme continuateur de la personne du défunt. En cette qualité il sera chargé du fait de l'acceptation de la succession de tout le passif du *de cujas*.

La règle interdisant de *léguer la chose d'autrui* a été peu à peu atténuée en droit musulman qui sur ce point se rapproche du droit romain. Voici ce que nous apprend à ce sujet M. Zey², résumant l'opinion des auteurs musulmans.

« Le legs de la chose d'autrui n'est pas nul; on s'efforce d'acquérir la chose, afin de la délivrer au légataire, Si ce tiers refuse de la vendre, à quelque prix que ce soit, par malice ou par haine du bénéficiaire du legs, celui-ci est caduc, faute de pouvoir être exécuté. Si la résistance du tiers n'est fondée que sur l'appât du gain, en ce sens, qu'il ne veut se dessaisir de la chose qu'à un prix exorbitant, on en paie au légataire la valeur augmentée d'un tiers ».

En droit romain on peut léguer la chose d'autrui en

1. Cf. Abdoullah Ibni Rachit, op. cit., p. 300.

2. Op. cit., pp. 213-214.

employant la forme du legs « per domnatianum ». Dans ce cas l'héritier devra se procurer la chose léguée et la livrer au légataire.

SECTION II

FACTIO TESTAMENTI PASSIVE.

Nous étudierons dans les trois paragraphes de cette section les conditions nécessaires pour pouvoir être gratifié par testament en droit musulman, romain et préislamique. Mais il faut noter immédiatement qu'une véritable comparaison ne peut guère être faite entre le droit musulman d'une part et le droit romain et préislamique de l'autre. En effet, l'*Islam* n'admet pas l'institution d'héritier par testament; la testamenti factio passive ne concernera donc en droit musulman que les légataires.

§ 1. — DROIT MUSULMAN.

D'une façon générale, la législation et la jurisprudence musulmane se sont montrées très larges pour admettre la possibilité d'être gratifié par acte de dernière volonté.

La question la plus délicate de la matière est celle de savoir si les *héritiers*, soit « *acebs* », soit « *fards* » peuvent être avantagés par testament.

Nous avons eu déjà l'occasion d'examiner cette question. Rien dans les textes coraniques ne permet, à notre avis, de soutenir qu'il est défendu de gratifier ses héritiers.

Cependant le *verset* 37 du ch. IV a fourni le prétexte à des commentaires tendant à interdire les legs en faveur des héri-

tiers. Ce texte déclare : « *A chacun nous avons désigné des héritiers pour les biens qu'ont laissé en succession les pères et mère et les proches.* »

A notre avis le sens de ce *verset* consiste simplement en une réaffirmation du droit des héritiers désignés par le *Coran*. Il faut remarquer en effet que ce *verset* suit presque immédiatement ceux par lesquels le livre révélé fixe l'ordre et la portion de chaque héritier.

Les auteurs qui soutiennent la thèse de l'incapacité des héritiers de recevoir des legs s'appuient volontiers sur un *hadiths* du prophète qui aurait proclamé : « *Dieu a donné à chacun et à quoi il a droit, il n'y aura pas de legs en faveur des héritiers.* »

Mais nous savons que l'authenticité de ce *hadiths* n'est pas admise par les docteurs *chiites* suivant lesquels il est possible de gratifier ses héritiers dans la mesure du tiers disponible.

Cependant la plupart des autres rites ne reconnaissent pas la légalité des legs aux héritiers.

Dans un ordre d'idées tout à fait différent, sont privés du droit de recevoir par testament les *auteurs directs du meurtre* du testateur. Pour déterminer cette déchéance il faut que la mort ait été volontairement donnée¹. Au cas de mort accidentelle dont le gratifié serait l'auteur involontaire, celui-ci ne sera pas écarté de la succession, tout au moins d'après le rite Malékite. Mais les rites Hanéfi et chafii admettent la solution contraire.

Les personnes décédées peuvent être gratifiées par testament. Dans ce cas, les legs sont affectés soit au paiement de leurs

1. Ibni Rachit, op. cit., p. 302.

dettes, soit à l'entretien de leur tombe, soit enfin aux œuvres pieuses fondées par eux.

Les enfants simplement conçus peuvent être désignés comme légataires, à la seule condition qu'il soient nés viables.

La faculté de gratifier les *femmes* ne fait aucun doute en droit musulman.

Il est permis aussi d'attribuer des libéralités aux *établissements à caractère religieux ou d'intérêt public* tels que : hôpitaux, cimetières, ponts. Le musulman peut gratifier également les orphelins, les voyageurs, les croyants qui se rendent à La Mecque.

Le droit musulman ayant le souci de l'amélioration de la situation de *l'esclave*, autorise les esclaves à recevoir par testament et cela sans le consentement de leur maître. Les choses données leur appartiendront en propre¹.

Les faillis ont la capacité d'être institués légataires, mais le legs profitera à leurs créanciers.

Enfin *les chrétiens* et *les juifs* peuvent parfaitement être gratifiés par testament. Mais le musulman qui se convertit à une autre religion devient incapable de recevoir des libéralités.

En conclusion ; il nous faut remarquer l'extrême liberté dont jouit le testateur musulman. Les conditions de validité des testaments sont en droit musulman plus larges que celles des actes à titre onéreux. *L'Islam* s'est montré extrêmement favo-

1. Cf. Ibni Adjem, Trad. Haudos, p. 739.

rable à ce que les personnes ayant quelque fortune fassent des sacrifices au profit de leurs frères croyants.

§ 2. — DROIT ROMAIN.

Sans vouloir rentrer dans les détails de la question, nous nous contenterons d'en indiquer les points sur lesquels une comparaison peut s'établir avec le droit arabe.

La question de la possibilité d'instituer héritiers les fils de famille ne fait aucun doute pour le droit classique. Il en est de même, selon les auteurs qui admettent la théorie du testament souverain, pour le vieux droit civil romain. Le testament acte de puissance, n'est pas soumis aux règles ordinaires de la capacité dans les actes juridiques. L'incapacité des fils de famille n'est donc pas un obstacle à son institution comme héritier.

Mais il est probable que la *mancipatio familiae* primitive ne pouvait pas être faite au profit d'un incapable¹. En effet la *mancipatio* est par sa nature un acte juridique entre vifs qui ne peut être fait par un *alieni juris* en son nom propre. La *mancipatio familiae* est donc impossible entre le *pater familias* et son fils. Certes, vers l'époque classique la *mancipatio familiae* se réduit à une simple forme. Mais la règle suivant laquelle la *testamenti factio* passive doit exister non seulement au moment du décès du testateur, mais encore au moment de la rédaction du testament, peut parfaitement être une survivance de l'ancienne *mancipatio familiae*.

Quant aux *esclaves*, le droit romain leur reconnaît la capacité d'être institués héritiers par testament. S'il s'agit de son

1. Noailles, op. cit., p. 117.

propre esclave, le testateur doit l'affranchir en même temps qu'il lui confère le titre héréditaire. Les esclaves d'un tiers peuvent être institués, mais c'est leur maître qui recueillera les biens.

La raison pour laquelle les romains ont admis la possibilité d'instituer héritiers les esclaves n'est pas, comme en droit musulman, une mesure en leur faveur. Gaius (11-134) nous dit que l'institution de l'esclave est un expédient imaginé pour éviter l'*infamie* qui frappe celui qui meurt insolvable. Cette particularité du droit romain étant bien connue nous n'estimons pas nécessaire d'insister davantage.

La capacité des *femmes* d'être instituées par testament a subi des multiples variations. Trois idées peuvent s'opposer à ce que les femmes puissent être instituées héritières.

1° Aussi longtemps que le titre d'héritier confère avant tout la souveraineté sur le groupe, il est indubitable que les femmes en sont exclues.

2° Une deuxième idée peut faire obstacle à sa vocation, c'est la crainte que, par son mariage, les biens ne passent en des mains étrangères. Cette idée s'oppose autant à sa vocation d'héritier *ab intestat* qu'à celle d'héritier testamentaire. Dans la première partie de cette étude nous avons exposé les différents arguments qui laissent supposer cette exclusion dans l'ancien droit romain et peut-être même à l'époque des XII Tables.

3° Enfin les habitudes de luxe et de prodigalité des femmes appartenant aux classes riches créeront un nouvel obstacle à leur aptitude d'être instituées héritières. La loi *Voconia* (585 R. F.) interdit aux citoyens figurant à la première classe du cens (dont la fortune dépasse 100.000 sesterces) d'instituer les femmes héritières. Et cette exclusion était de portée abso-

lument générale, s'appliquant même à la femme et aux filles du testateur. Mais vers la fin de la République, la loi Voconia étant tombée en désuétude, rien ne s'oppose plus à l'institution testamentaire des femmes.

Une règle bien connue du droit romain interdit l'institution des *personnes incertaines*. Par application de cette règle, les *postumi*, c'est-à-dire les enfants simplement conçus au moment de la rédaction du testament, ne pouvaient être institués. Nous nous rappelons la règle opposée en droit musulman. Le prêteur intervint cependant et accorda aux *postumi* la *bonorum possessio*.

Une autre conséquence de la règle concernant les personnes incertaines, c'est l'impossibilité d'instituer les personnes juridiques : temples, cités, associations. Mais le droit impérial apporte des exceptions à ce principe, notamment sous l'influence du christianisme. Il permet l'institution des Eglises, des cités, des fondations pieuses.

Notons enfin que le droit chrétien ne permet pas l'institution des hérétiques et des apostats.

§ 3. — COUTUMES PRÉISLAMQUES.

En étudiant les règles successorales et les formes du testament en Arabie préislamique, nous avons montré que pour être institué héritier, il fallait être apte à porter les armes, il fallait être fort. Cette considération domine et donne la solution du problème ici étudié. Les enfants, les femmes, les esclaves ou les personnes juridiques ne sauraient être institués héritiers. — Cela ne signifie pas nous le savons, qu'ils seront complètement exclus du partage des biens du *défunt*. Tous ces points ayant été déjà étudiés nous n'y revenons plus.

SECTION III

RÉVOCATION, CADUCITÉ ET NULLITÉS DES TESTAMENTS.

Cette section sera divisée en deux paragraphes respectivement consacrés au droit musulman et au droit romain. L'absence totale de sources préislamiques sur cette question ne nous a pas permis d'en entreprendre ici l'examen.

§ 1. — DROIT MUSULMAN.

A. — *Révocation des testaments.* Nous avons vu que la loi et la jurisprudence musulmanes professent le plus grand respect à l'égard de l'autonomie de la volonté du testateur. Aussi admet-on sans aucune difficulté la possibilité de révocation du testament¹.

Voici à ce sujet ce que déclare M. *Ebou Oula*².

« Le testateur en décidant de changer le contenu de son testament n'est astreint à aucune forme. Il suffit que sa volonté soit clairement exprimée. Le testateur peut soit faire un autre testament ou changer partiellement le premier et cela qu'il soit en bonne santé ou malade. La seule chose qu'il ne peut pas faire c'est de révoquer les clauses d'affranchissement : car l'acte ayant été fait, son effet s'est immédiatement produit. »

1. Cf. Abdoullah Ibni Rachit, op. cit, p. 302.

2. Cours de première année de droit à l'ancienne université d'Istamboul.

La révocation peut être *expresse* ou *tacite*. Elle est *expresse* quand le testateur fait un autre testament en mentionnant que le précédent est révoqué ou quand il ajoute à celui-ci des clauses nouvelles. La révocation peut résulter tacitement du fait que le testateur a disposé de la chose léguée ou lui a apporté des modifications dans la forme ou dans la substance.

B. — *Caducité*. En droit musulman, la caducité des legs entraîne la plupart du temps la caducité du testament. En effet, l'étude que nous avons faite sur la nature du testament musulman nous a montré que les legs en constituent la pièce essentielle. Les autres dispositions contenues dans le testament ne répondent pas à une nécessité ultime, étant donné que le Cadi a qualité lui aussi de les prendre à la place du défunt.

Voici dès lors les causes de caducité des testaments en droit musulman.

1. — *L'apostasie du testateur ou du légataire*. Un musulman ayant nié le dogme de l'*Islam* perd de ce fait tout droit à lui conféré par la législation musulmane. Mais il faut rappeler que le legs fait en faveur d'un chrétien ou d'un juif n'est pas nul; seule l'apostasie entraîne la caducité.

2. — *Le prédécès du légataire*. C'est une règle qui ne souffre aucune exception. Il n'y a *pas de représentation* en matière de legs et les héritiers du légataire ne recueillent pas le bénéfice du legs. Nous avons dit que le legs en faveur d'une personne décédée est valable, mais en ce cas les héritiers du mort n'en profitent pas, le legs étant destiné à l'entretien de sa tombe, ou paiement de ses dettes, etc...

3. — *La défaillance de la condition*. Si le legs a été subordonné à une condition, comme par exemple l'arrivée d'un bateau ou la guérison d'une maladie, le sort du testament

dépend de la réalisation ou de la défaillance de la condition.

4. — *Perte de la chose léguée.* Cette cause de caducité se comprend parfaitement vu que le testament musulman est purement patrimonial. Mais si la chose a péri par la mauvaise volonté ou la faute des héritiers, ceux-ci seraient tenus d'en donner au légataire la valeur.

5. — *La répudiation du legs.* Le legs est un acte strictement personnel et rien ne peut contraindre les légataires à accepter les choses léguées. Il faut noter cependant sur ce point des différences entre les divers rites musulmans. Les rites chiite et hanéfite n'admettent pas l'invalidité du testament à cause du refus du légataire.

6. — *La destination illicite ou immorale de la chose léguée.* On ne peut charger le légataire d'une chose contraire à la morale ou à la religion, comme par exemple l'obliger de faire du vin avec les raisins légués¹. Remarquons toutefois qu'en Islam, comme ailleurs, la notion de la morale évolue.

C. — *Nullités.* Pour faire un testament valable, le testateur doit se conformer aux prescriptions coraniques ou aux règles élaborées par les grands *imams*.

Il est intéressant de remarquer incidemment une particularité du rite *chiite*. Contrairement aux autres rites de l'*Islam* qui n'admettent pas les modifications jurisprudentielles ou doctrinales des lois coraniques, les musulmans chiites reconnaissent plus facilement le besoin de l'évolution du droit et de son adaptation aux changements sociaux ou moraux. — La faculté de constater ainsi l'évolution des règles de droit n'appartient qu'à certaines personnes hautement qualifiées par leur intelligence et leur érudition ; ce sont les *imams* (les

1. Ibni Rachit, op. cit., pp. 302-303.

grands mudjtehit) dont le nombre varie selon les provinces. Dans tout l'Iran il y en a 12 ou 15. Mais chose remarquable, les habitants d'une province ne sont pas obligés de suivre la doctrine du *Mudjtehit* de leur province. Ils sont obligés seulement d'opter pour la doctrine de l'un *des imams chiïtes* de l'*Islam*.

Quoiqu'il en soit, l'inobservation des règles de fond ou de forme du testament a comme sanction la nullité absolue du testament.

On peut supposer que le testament valable au moment de sa rédaction devient nul par suite d'un événement postérieur. Par exemple, le légataire devient par suite du prédécès d'autres personnes, héritier *aceb* ou *fard* du testateur. Pour les rites qui déclarent la qualité d'héritier et de légataire incompatible, ce serait là une cause de nullité. — Le rite *chiïte* fidèle aux prescriptions coraniques n'admet pas cette solution.

§ 2. — DROIT ROMAIN.

A. — *Révocation*. Le testament romain comme le testament musulman est révocable jusqu'au décès du testateur. Cette règle est toute naturelle, la volonté du disposant étant la base de cet acte; or la volonté peut changer en fonction de facteurs divers.

Mais par opposition au système musulman qui n'astreint le testateur à aucune formalité pour la révocation de l'acte de dernière volonté, le droit romain, essentiellement formaliste, fait résulter la révocation du testament de la confection d'un nouveau testament. Ainsi, d'après le droit civil, le testateur ne peut apporter la plus petite modification à son acte, ajou-

ter un legs, nommer un tuteur par exemple sans être obligé de refaire un testament nouveau. Cette règle peut s'expliquer dans la théorie du testament souverain, la désignation d'un nouveau chef est incompatible avec la désignation antérieure.

On voit combien est gênant ce système de révocation qui, pour toute modification, oblige le testateur à refaire l'acte en son entier. Mais sur ce point aussi le prêteur intervient en débarrassant la matière d'un formalisme qui n'avait plus sa raison d'être. D'après le droit honoraire, le fait de briser les tablettes était une manifestation de volonté suffisamment claire pour que l'on considère le testament révoqué. En conséquence, le prêteur donna la bonorum possessio (d'abord *sine re*, puis *cum re*), soit aux héritiers *ab intestat*, soit aux héritiers institués par un testament antérieur. Le droit impérial alla plus loin encore dans cette voie, admettant notamment la validité des *codicilles*. Nous avons vu que sur tous ces points le droit musulman ne s'était pas enfermé dans des conditions de forme quelconque.

Invalidité du testament romain. Si toutes les conditions de validité : formes, capacité de tester et capacité d'être instituée ne sont pas réunies au moment de sa rédaction, le testament n'est pas valable, il est « injustum » non jure « factum ». Mais le testament étant un acte dont les effets se produiront dans l'avenir, il peut, bien que valable à son origine, devenir caduc ou nul pour une cause postérieure à sa rédaction. Il est dit « ruptum » au cas de révocation ou de *survenance d'enfant* : « irritum » si le testateur est frappé avant sa mort d'une *capitis deminutio*, « desertum » lorsque l'institué refuse ou prédécède au testateur.

La caducité du testament pour *survenance d'enfant* est propre au droit romain. Elle s'explique par cette règle origi-

nal qui veut que les « sui heredes » ne puissent être omis dans le testament; il doivent *être institués ou exhérédés*. Or lorsque l'enfant est simplement conçu au moment de la rédaction du testament la règle de l'impossibilité d'instituer les personnes incertaines s'oppose à ce qu'il puisse être désigné dans le testament. Le testament est donc caduc par le simple fait de la naissance d'un « suus ». Cette règle rigoureuse a été atténuée vers le commencement de l'empire.

La caducité du testament par la *capitis deminutio* est intéressante à mentionner ici parce que l'on peut trouver une certaine analogie en droit musulman. A Rome, le fait de changer son état « status » entraînait une restriction ou une perte de sa personnalité juridique. La *capitis deminutio* est *maxima*, si le citoyen perd la liberté; *media*, s'il perd le droit de cité; *minima*, s'il change de famille. Tout changement de ce genre enlevant au testateur, la *factio testamenti*, rend le testament *irritum*. — De même en droit musulman, le fait de quitter la communauté religieuse musulmane, le fait de renier le dogme, fait perdre au testateur sa capacité testamentaire ainsi que tous les autres droits.

Mais à Rome comme en Islam, il ne s'agit pas là d'une véritable nullité, mais plutôt d'une éclipse. En effet, si le testateur recouvre sa capacité le testament redevient valable, tout au moins en droit prétorien. Il en est de même pour le musulmann qui se fait pardonner devant Dieu son apostasie en rentrant, selon les formes prescrites par les autorités religieuses, dans la communauté islamique.

CHAPITRE III

HOUBOUS OU EL-VAKF.

Le Houbous est l'une des institutions musulmanes les plus curieuses et les plus intéressantes à étudier, car il touche à la fois au statut réel et au statut successoral. Nous n'entendons pas prendre parti ici sur la nature juridique de cette institution. Ce qui nous intéresse ce sont les effets du « Houbous » sur les droits successoraux des héritiers légitimes, et aussi son origine historique. A Rome nous ne trouvons aucune institution comparable au Houbous, ni à l'époque de l'ancien droit, ni à l'époque classique. Mais sous Justinien une institution de ce genre apparaît dont nous aurons l'occasion de parler en étudiant l'origine du Houbous.

Le Houbous, c'est l'affectation — par acte entre vifs ou à cause de mort — des revenus d'un bien, ou des biens mêmes, à un but pieux ou bienfaisant, pour une durée égale à celle de la chose et entraînant en principe l'inaliénabilité du bien affecté. Le Houbous est une disposition à titre gratuit; il est fait par un acte unilatéral.

Voici d'après la loi musulmane quelles en sont les conditions de validité :

Tout d'abord, celles qui intéressent le *constituant* : 1° être sain d'esprit; 2° être en bonne santé; 3° être pubère et avoir le pouvoir de discernement; 4° être propriétaire des biens houbousés.

Remarquons que la femme dans la conception du droit musulman, peut constituer Houbous sur ses biens personnels. Mais si elle est mariée elle ne peut houbouser plus du tiers de ses biens sans le consentement de son mari. Nous sommes ici en présence de l'une des finesses issues de la jurisprudence musulmane. Le mari refusant dans la plupart des cas ce consentement, dans le propre intérêt de sa femme et des enfants, cette règle revient en réalité à une véritable interdiction pour les femmes de houbouser plus du tiers de leurs biens.

D'autre part il existe des conditions de validité concernant le bénéficiaire du Houbous. Celui-ci peut être un parent quelconque ou une personne étrangère, mais le vrai but de l'institution c'est d'avantager les personnes morales ou les œuvres d'intérêt général, telles que : la mosquée, l'école-medressé¹, le pont, le cimetière, la fontaine, le tombeau de caractère sacramentel, le refuge des pauvres, la maison des invalides et des pauvres. Mais il faut que le but de cette libéralité soit conforme à la loi et aux principes moraux. Autrement elle serait radicalement nulle.

Le constituant des houbous doit indiquer dans son acte quels seront les bénéficiaires postérieurs et dans quel ordre le bénéfice du houbous sera distribué.

La question de savoir si le houbous peut être constitué à

1. Les « Medressés » — le lieu où on donne les leçons — ressemblent aux anciennes universités des pays occidentaux. Ces écoles étaient entretenues grâce aux houbous constitués par les musulmans de toutes les parties du Monde. Les « Medressés » étaient des maisons bâties souvent près d'une célèbre mosquée; elles comportaient plusieurs chambres pour les étudiants et pour les professeurs. — Plusieurs de ces écoles sont célèbres dans le monde musulman par exemple, les Medressés de Bagdad à l'époque Abbasside, celles de Belh, Bouhara aux ^x^e et ^{xii}^e siècles, les Medressés de Konya en Asie mineure à l'époque Seldjtoukite, enfin les Medressés de Fatih Istamboul et celles de la Mosquée Ezhar en Egypte.

titre purement temporaire est controversé. La plupart des auteurs musulmans ne l'admettent pas.

Il est intéressant de remarquer que *nulle condition de forme* n'est imposée pour la validité de cet acte. Il suffit que l'intention du constituant soit claire. C'est l'admission en législation musulmane du principe de l'autonomie de la volonté presque inconnue en droit romain. Nous avons vu que la même liberté est reconnue en matière de testament.

Il nous faut noter maintenant une singularité du houbous. Dans les chapitres précédents, nous avons vu que la part successorale de l'homme est double de celle de la femme. Or, dans le houbous, à défaut de stipulation contraire, *la femme est mise sur un pied d'absolue égalité avec l'homme*. Nous avons cherché dans les ouvrages des juristes musulmans une explication de cette règle exorbitante par rapport aux principes généraux islamiques. Mais la plupart la passent entièrement sous silence.

A notre avis, cette règle de la jurisprudence islamique est conforme à l'essence même des prescriptions coraniques. Le livre saint prescrit, en effet, d'aider les pauvres, les mendiants, les malades, les vieux, les parents, les voyageurs¹. Dans ce *verset* comme dans plusieurs autres le *Coran* ne fait aucune distinction entre l'homme et la femme. N'oublions pas d'autre part que, d'après le *Coran*, le but de cette libéralité doit être d'apporter une aide matérielle à ceux qui sont dans le besoin dans la communauté musulmane. Or, à ce point de vue nulle distinction n'est possible entre l'homme et la femme. Cette dernière a, au contraire, un besoin plus grand d'être secourue. Cette égalité de l'homme et de la

1. Ch. 4, verset 26, 29 ex.

femme dans l'institution du houbous nous révèle mieux que tout autre trait la véritable nature de cette libéralité.

Les biens qui font l'objet du houbous cessent d'appartenir au patrimoine du constituant. La pleine propriété de ces biens passe aux personnes ou aux établissements désignés dans l'acte du houbous. Le mode et les organes de gestion des biens donnés peuvent être indiqués par le constituant lui-même. Sinon ce sont les fondations pieuses qui seront chargées de l'administration de ces biens sans le contrôle du Cadis, des chefs musulmans et du Ministère de l'Oukaf.

Quelle est l'*origine* du houbous? Et tout d'abord demandons-nous si l'époque préislamique a connu une pareille institution. Beaucoup de docteurs musulmans affirment que le houbous était totalement inconnu à l'époque *Djahiliyye*.

*Khalil*¹ est formel à cet égard. *Ibin Haldoun* ne donne aucune indication concernant le *Houbous* à l'époque préislamique. *El Kharehi*², l'un des commentateurs de *Khalil* affirme aussi que l'existence de ce genre de libéralités est inconciliable avec les conceptions des arabes païens.

Nous avons déjà fait remarquer que les affirmations des docteurs musulmans concernant l'époque d'ignorance ne sont pas toujours parfaitement objectives. L'horreur de tout ce qui a précédé l'*Islam* les pousse à nier l'existence à l'époque païenne de toutes les institutions consacrées par l'*Islam*. Ils admettent qu'une législation basée sur les révélations divines peut changer radicalement et promptement toute la structure sociale et morale d'une civilisation. Nous avons montré combien cette vue est exagérée. Les réformes de *Mohamed* ont été prudentes et graduelles; il n'a pas pu anéantir entière-

1. Trad. Perron, t. II, p. 25-26.

2. T. VII, p. 77-78.

ment toutes les vieilles coutumes arabes alors même qu'elles étaient contraires aux principes de la foi nouvelle.

Ceci rappelé, nous voudrions montrer que le Houbous n'est pas complètement étranger aux vieilles coutumes de *La Mecque* et de *Médine*. Nous y trouverons tout au moins le germe de cette institution. Mais nous ne voulons pas prétendre par là que son développement considérable soit dû à ce seul germe; de multiples autres causes y ont contribué ainsi que nous le verrons.

Le très vénérable M. Ismaïl Håkki Ismirnois nous apprend dans la glose qu'il a consacrée au verset 105 du Ch. VI S. *Maïde du Coran* que les Arabes de l'époque païenne avaient coutume de consacrer des animaux, notamment des chameaux au service des Dieux dont les statues étaient au temple de Kaâba. Le *Coran* s'élève dans le verset cité contre cette pratique et refuse d'admettre que ces animaux aient un caractère différent des autres.

Il y a pour le moins une analogie entre la consécration de ces animaux à un service divin et l'affectation d'un bien à un but religieux ou charitable qui constitue l'essence même du Houbous.

Ajoutons dans le même sens les renseignements fournis par M. Namphal¹ : « Avant que les célèbres docteurs de
« l'Islam se fussent appliqués à régler les institutions des
« wakoufs (Houbous) par une législation systématique, ce
« genre de donations était déjà en usage à Médine et dans
« les principales localités de l'Arabie; tout paraît démontrer
« cependant qu'à son origine le Wakouf tenait en pratique
« du caractère de l'aumône pure et simple et qu'il était par
« conséquent soumis aux dispositions jusqu'alors exclusive-

1. M. Namphal : La propriété, p. 120 et s.

« ment coutumières, qui régissaient les assistances temporaires. »

Tout en admettant ainsi l'existence de libéralités comparables au Houbous à l'époque païenne, il n'en est pas moins vrai que *son fondement réel se trouve dans les conceptions sociales et religieuses du prophète*. Voici à ce sujet un fait intéressant rapporté par M. Mercier¹.

« *Ammar ben el Khettab* a acquis la propriété d'un immense terrain à *Khaïber*² et a désiré en faire un usage qui pourrait être agréable à Dieu. Alors il trouve le prophète et sollicite des conseils. *Mohamed* lui aurait dit ceci : « *Frappe-là de séquestres afin qu'elle ne puisse être vendue, ni donnée, ni recueillie en héritage et affecte ses revenus aux pauvres* ». Ce récit est également relaté par *El-Boukhari* dans son livre *Sahih-el-Boukhari*.

Il faut cependant noter ici que le chef de l'école *Hanéfite*, *Imami Ebou âzâm* ne mentionne pas ce *hadiths* du prophète. De même *Imami Joussauf*, disciple de *Hanifa* l'ignore complètement. Cela étant, on peut douter de son authenticité. En effet, nous devons remarquer que *Khaïber*, région montagneuse connue pour son détroit et pour sa forteresse, se trouve du côté de l'Himalaya à la frontière des Indes et de l'Efgan. Cette région a commencé à être envahie à l'époque d'*Omer* deuxième calife, en l'an XX de l'*Hégire* et la conquête complète de cette région n'a été accomplie que vers l'an XXX, par l'épée d'*Ali* quatrième calife. Il est difficile d'admettre qu'un arabe pouvait du temps de *Mahomed* avoir des propriétés dans cette région. Quelle que soit la réalité de ce *hadiths*, c'est dans le *Coran* même que nous trouvons le fondement du *Houbous*. Nous avons déjà dit que les *hadiths* du

1. Code du Houbous, pp. 11-12.

2. Khaïber se trouve actuellement en Efgan.

prophète ne contiennent pas à proprement parler des règles nouvelles. Le *Coran* seul énonce les principes. Mais lorsque certain *verset* était obscur ou inexplicable, le prophète émettait un *hadiths* pour préciser, réglementer les institutions consacrées par le livre saint. Or, plusieurs *versets* coraniques exhortent les croyants à se vouer à Dieu et à consacrer leurs biens aux choses saintes. Citons notamment le verset 3 Soura *Maïde* : « *Aidez-vous et soyez utiles les uns aux autres et aidez au service du culte et de la religion.* »

Cette prescription du *Coran* montre très clairement la nature du houbous, sa double destination, religieuse et d'intérêt public.

Telle est à notre avis la véritable origine du Houbous.

On serait peut-être tenté de comparer le houbous avec les *res sacrae* romaines, et d'en déduire que l'*islamisme* a emprunté cette institution au *bas-Empire romain*. Cette conclusion ne nous paraîtrait pas acceptable, car des différences profondes séparent les deux institutions.

Nous savons que les biens houbousés sont en général des biens productifs de revenus, tels que jardins fruitiers, vignes, hôtels, karvansaray, bains, cures, et que les revenus sont affectés à des œuvres de caractère religieux, charitable ou d'intérêt public. Les *res sacrae* ne désignent que les temples et les biens du culte¹. M. le Professeur Levy-Bruhl² décrit ainsi les *res sacrae* : « Ce sont des choses consacrées aux divinités supérieures, par exemple les temples ; le matériel du culte. Lorsqu'une chose profane est consacrée aux dieux supérieurs, elle l'est par une cérémonie qu'on appelle *consecratio* ou *dedicatio*. Il est nécessaire de procéder, pour cette consécration, par voie de loi ou de sénatus-consulte.

1. Girard. Manuel élémentaire de droit romain, p. 232.

2. Cours de 1^{re} année, p. 394-395.

Tout ceci nous montre les différences existant entre les *res sacrae* et le houbous. Ce dernier naît par la simple volonté d'un particulier qui veut consacrer à Dieu ou à l'utilité publique tel ou tel de ses biens.

Quoiqu'il en soit, l'institution du Houbous prit bientôt un développement vraiment extraordinaire. Les jurisconsultes musulmans s'efforcèrent cependant d'entraver son expansion à cause des réels inconvénients que présente cette institution, les biens houbousés étant mis hors commerce¹. Mais les musulmans de la première époque poussés par leur zèle religieux ont favorisé exagérément les établissements du culte et d'utilité publique. Devant cette extraordinaire faveur, les juristes musulmans ont dû se résigner et admettre la légalité de ce genre de libéralité.

Au sujet de l'origine du Houbous, M. Zeys a soutenu une thèse tout à fait différente de la nôtre. D'après cet auteur le houbous a pénétré dans la législation musulmane à l'imitation du *séquestre général* apposé sur les terres acquises par la violence. Après la mort du prophète, les anciens propriétaires des terrains occupés par l'armée d'*Islam* ont revendiqué leurs propriétés. Or ces terrains avaient été distribués par *Mohamed* et étaient devenus objet de propriété absolue, dénommée « feï ». Alors, en présence des revendications des anciens propriétaires, les détenteurs ont déclaré que ces biens étaient immobilisés au nom du « *bait-el-mal* » et que les vicaires du prophète n'en étaient que simples administrateurs.

L'opinion de M. Zeys nous semble très intéressante pour

1. M. Zeys (op. cit., p. 181) écrit à ce sujet : le houbous a été l'objet de bien des attaques, la plupart légitimes, et la jurisprudence algérienne s'est efforcée non seulement d'en atténuer les effets, mais encore de le faire disparaître graduellement. Quand la France s'est emparée de la régence, elle a trouvé les cinq dixièmes du sol immobilisés, soustraits à toute transaction.

expliquer l'immensité du domaine des houbous, spécialement en *Hedjaze*, mais nous ne pouvons admettre que c'est là l'origine de l'institution. Il est certain qu'après la mort du prophète certaines régions ont revendiqué à leurs anciens privilèges et ont même failli échapper à l'autorité de l'*Islam*. Mais les califes ont agi vite et arrivèrent à réprimer ces révoltes.

D'après une autre opinion, le houbous a été introduit en Arabie à l'imitation des *fondations pieuses* très fréquentes dans tous les pays chrétiens et spécialement en Arabie. Nous savons en effet que l'influence chrétienne en Arabie était immense. Les couvents et les Eglises étaient très nombreux surtout en Syrie. Le père et les cousins de *Hadidjé*, femme de *Mahomed* étaient chrétiens. *Mohamed* a non seulement proclamé la sainteté du christianisme mais il le traitait partout avec faveur. Seuls les Chrétiens en Arabie n'ont pas montré d'hostilité à *Mahomed*.

Nous pensons que l'influence des fondations pieuses chrétiennes a joué un grand rôle dans le développement du houbous, mais on ne peut pas considérer que c'est là l'origine même de l'institution. Le houbous est une institution présentant trop de traits originaux pour que l'on puisse considérer qu'il a été simplement pris dans la pratique d'autres peuples.

M. Eboul Oulà¹ prétend que l'origine du *houbous* est due aux circonstances suivantes : malgré l'établissement d'un pouvoir central, l'Arabie ne connût pas tout de suite une véritable sécurité. Les gouverneurs de provinces agissaient sans aucun contrôle et rien ne les empêchait de s'emparer des biens

1. Cours à l'Université d'Istamboul, 1925, c'est-à-dire avant la nouvelle législation civile de Turquie.

immobiliers soumis à leur administration. Alors les riches, à la suite des conseils des *cadis*, ont dû faire appel à ce moyen d'immobiliser leurs biens avant qu'ils ne passent par la force aux mains des autres.

Cette vue nous semble contenir une grande part d'exagération. L'omnipotence et les violences des gouverneurs et des émirs ont pu contribuer dans une certaine mesure au développement du *houbous*, mais elles ne sauraient à elles seules en expliquer la nature et l'origine.

Voici enfin d'après M. *Mahmout Essat* une autre cause du développement extraordinaire du *houbous* : « Les Musulmans
« ayant dans leurs mains des biens plus ou moins importants
« ont constitué *houbous* pour assurer à leurs héritiers quelque
« chose d'inaliénable, quelque chose qui ne puisse être gas-
« pillé, passer entre des mains étrangères. Bref la chose
« donnée doit constituer une source de revenus régulière ».

Nous croyons que c'est là l'une des causes qui ont le plus puissamment contribué à l'extension de cette espèce de donation. L'administration des biens *houbousés* est le plus souvent confiée aux bénéficiaires, le constituant s'en réservant sa vie durant l'usufruit.

Quant aux auteurs français, la plupart pensent que le véritable but du *houbous* était d'avantager certains héritiers au détriment des autres, notamment des femmes ou parents par les femmes. Cela pose la question très importante des effets du *houbous* sur les règles de dévolution de la succession *ab intestat*.

Voici comment s'exprime à ce sujet M. le Doyen M. *Maurand*¹ « Toujours est-il qu'en fait, en Algérie par exemple tous

1. Op. cit.

« les houbous sont constitués suivant le rite hanéfite ; et le
« choix de ce rite est déterminé presque toujours, uniquement
« par cette considération qu'il fournit aux constituants un
« moyen d'exhérer ses filles et les filles de ses fils. Ce
« houbous n'a d'autre but, le plus souvent, que de modifier
« l'ordre légal des successions, et de réaliser, en matière suc-
« cessorale, cette exclusion des femmes qu'avait consacrée la
« coutume préislamique ». L'opinion des autres auteurs fran-
çais est à peu près la même que celle de M. Morand. Ils
pensent, en général, que les Musulmans des premiers siècles
de l'*Hégire* et même de l'époque du prophète employaient ce
mode de disposition pour pouvoir tourner les prescriptions
coraniques relatives à la vocation héréditaire de certaines
personnes, notamment les femmes, pour avantager de la sorte
les vrais héritiers d'après la tradition arabe, *les acebs*.

L'opinion de ces auteurs nous paraît juste en ce qui con-
cerne le développement du houbous dans certains pays
musulmans dans lesquels les réformes du prophète n'ont été
admises qu'avec mauvaise humeur. Mais rien ne nous auto-
rise à penser que c'est là l'origine de l'institution et sa véri-
table nature. Il y aurait une contradiction profonde entre
l'esprit des réformes de *Mohamed* qui voulait sauvegarder
l'intérêt des parents par le sang, et la possibilité d'anéantir
ces droits en donnant ces biens aux *acebs* ou à des étrangers
à titre de houbous. Nous savons que le *Coran* a restreint la
faculté de tester au tiers des biens. Comment admettre que le
prophète ait permis à une personne ayant des héritiers *fards*
ou *acebs* de les exhérer ?

Il existe du reste des textes coraniques qui nous semblent
résoudre assez clairement cette question. On lit dans le

verset 215, ch. II : « Si on te demande¹ qui nous devons nourrir, dis leur : Vos biens doivent être dépensés avant tout pour vos pères et mères, vos parents, ensuite les orphelins, les pauvres et les voyageurs qui sont dans la nécessité ». Le verset 177 du même chapitre exprime à peu près la même pensée.

D'autre part, nous avons vu avec quelle insistance le *Coran* mentionne le droit des « fards ». Ce sont des prescriptions tellement formelles qu'il est impossible d'admettre que le croyant puisse s'y soustraire.

Le rite chiite défend formellement à une personne ayant des enfants ou des parents de les frustrer par ses dépenses ou ses libéralités. De pareils agissements sont constitutifs de péché, le croyant encourra des peines sévères. On lit en effet dans le *Coran* ; Ch. II, *Sourat 195 Bakare* : « Dans le chemin « de Dieu nourrissez ceux qui sont dans le besoin, mais agissant ainsi ne vous mettez pas dans l'embarras ». L. Ismaïl Hakki Izmirnois dans la glose de ce verset explique : le *Coran* défend aux musulmans d'être trop dépensiers, Dieu n'aime pas ceux qui agissent ainsi.

On peut comparer la règle chiite avec la jurisprudence du Tribunal des Centumviri à Rome qui a pratiquement interdit l'exhérédation des proches parents par la *querela inofficiosi testamenti*.

En conclusion, nous croyons que l'origine du houbous peut être rattachée en une certaine mesure aux vieilles coutumes arabes, mais que l'institution est due surtout aux conceptions sociales et religieuses de *Mohamed*. Ces conceptions apparaissent dans plusieurs versets du *Coran*, et

1. Dieu s'adresse au prophète.

notamment ce verset 3, soura Maïde. Le principe posé, *Mohamed* saisit l'occasion de le réglementer, de le préciser, comme dans le cas d'*Ammar ben Kettab*. L'institution naît, se développe sous l'empire de multiples facteurs, comme l'insécurité des biens, le désir d'exclure certains héritiers dans le pays musulman qui résistent aux réformes successorales du *Coran*, enfin par le souci d'assurer aux héritiers une source de revenus stables et réguliers.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Au terme de cette difficile étude dont nous n'ignorons pas les lacunes et les imperfections, nous serions heureux tout au moins de pouvoir retenir les résultats suivants :

Tout d'abord le rapprochement des systèmes législatifs romain, islamique et préislamique nous a permis d'éclairer dans une certaine mesure quelques-uns des points controversés de la matière successorale, notamment à l'époque des origines. L'une des contributions les plus utiles de ce modeste travail est le fait d'avoir donné à certaines hypothèses purement rationnelles une base en quelque sorte matérielle résultant de la relation de multiples faits historiques.

Mais cette méthode de recherche et d'argumentation n'a été possible que par la constatation préalable d'une ressemblance quelque fois frappante des formes sociales et notamment des institutions familiales des vieilles civilisations arabes et romaines.

Ensuite, et c'est là une nouvelle illustration d'une idée maintes fois vérifiée, on a pu constater comment les facteurs de toute nature, économiques, psychologiques ou moraux, agissent sur l'évolution des règles de droit. Bien que parfaitement semblables à leurs origines les systèmes juridiques romains et arabes n'ont pas tardé à suivre des voies divergentes. Toutes les fois que l'occasion s'est présentée, nous

n'avons pas manqué de mettre en lumière les raisons de ces divergences.

Enfin, plus particulièrement en ce qui concerne le droit arabe nous nous sommes efforcés de combattre le préjugé suivant lequel la réforme islamique a anéanti complètement les vieilles coutumes des arabes païens. Une civilisation ne saurait naître tout entière du cerveau, aussi génial soit-il, d'un seul homme. Certes, il ne s'agit pas de contester la valeur ou l'importance de l'apport islamique. Mais, d'une part, nous avons constaté que bien des règles juridiques, en apparence toutes nouvelles, puisent leur racine dans un passé millénaire et, d'autre part, que les principes islamiques qui allaient à l'encontre des vieilles traditions arabes ont rencontré souvent une résistance opiniâtre et plus d'une fois ont été méconnus par la pratique jurisprudentielle ou doctrinale.

FIN

Vu :

Le Président de la thèse,

M. PETOT

Vu :

Le Doyen,

G. RIPERT

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

G. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

1. PAUL GIDE. — Étude sur la condition privée de la femme.
2. MARCEL MAURAND. — Traité de droit musulman algérien.
3. ABDOUL RAZZAK EL JUNDI. — La Protection des mineurs en droit musulman.
4. M. GIFFARD. — Cours de droit romain 1937-38.
5. M. MAHMOUT ESSAT. — Histoire de l'Islam.
6. M. MARÇAIS. — Parents, alliés successibles en droit musulman.
7. M. LUTFULLAH. — La Vie de Mahomed et les principes généraux de l'Islam.
8. Recueil des lois concernant les musulmans chiïtes.
9. M. DUGAT. — Histoire des philosophes et théologiens musulmans.
10. EL BOUKHARI. — Sahih-el-Bouhari.
11. M. KAZIM NIAZI. — Droit de succession ab intestat en Turquie.
12. M. MERCIER. — La Condition de la femme arabe en Afrique septentrionale.
13. M. NOAILLES. — Cours de droit romain approfondi 1935-1936.
14. MAHOMED TAKI. — Nassih-et-Tevarih.
15. M. F. PELLETIER et G. BOUSQUET. — Succession agnatique mitigée.
16. Le Coran. — Les Editions d'Istamboul et de Bagdad.
17. M. JULES GRIGUER. — La Succession en droit musulman.
18. M. MOLLA FETULLAH KACHANI. — Menhedjussadikin.
19. M. O. PESLE. — Le Testament dans le rite malékite.
20. M. EBOU-DAWIT. — Kitabi Essunnet.
21. M. E. ZEYS. — Traité de droit musulman.
22. M. P. BONFANTE. — Histoire du droit romain.
23. CHEYHI CHANI. — Charhul-lâmâ.
24. M. NAMPHAL. — La Propriété.
25. Code de Houbous.
26. M. P. F. GIRARD. — Manuel élémentaire de droit romain.
27. EBOUL-OUA. — Cours de droit de l'ancienne Université d'Istamboul.
28. M. LÉVY-BRUHL. — Cours de droit 1935-1936.
29. ABDOULLAH IBNI RACHIT. — Loubab-el-loubab.
30. IBNI-ADJEM. — Trad. Houdas.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION.	IX

PREMIÈRE PARTIE

CHAP. PREMIER. Sect. I. — La famille. Généralités. Historique	1
§ 1. Le Matriarcat : quelles étaient les bases des familles romaines et préislamiques	2
Condition sociale et juridique de la femme	6
§ 2. Patriarcat	9
Condition sociale et juridique de la femme	14
§ 3. Principaux traits de l'organisation familiale romaine et arabe	16
L'Emancipation.	17
L'Adoption	17
CHAP. II. — L'organisation de la gens et de la tribu.	21
Le chef de la gens et de la tribu	22
CHAP. PRÉLIMINAIRE. — Les principes fondamentaux de l'hérédité en droit romain et en droit arabe	28
§ 1. La nature au titre d'héritier	31
§ 2. La continuation de la personne du défunt	35
§ 3. Prédominance de l'héritier testamentaire.	40

LA SUCCESSION AB INTESTAT

Observations préliminaires.	45
TITRE I. — Personne ayant la vocation successorale.	50
CHAP. PREMIER. — Les agnats et les acebs	51

	PAGES
CHAP. II. — Les fards	60
Pacte successoral en droit musulman	65
Histoires des réformes successorales du Coran	68
TITRE II. — Règles de dévolution et de partage	78
TITRE III. — CHAP. PREMIER. — La succession gentilice et celle des membres de la tribu.	94
CHAP. II. — La succession des femmes	100

DEUXIÈME PARTIE

LA SUCCESSION TESTAMENTAIRE	123
CHAP. PREMIER. — Formes du testament dans l'ancien droit romain et dans les coutumes préislamiques.	130
Section I. — Le Testament comital	132
Section II. — Le Testament « <i>in procinctu</i> »	144
Section III. — Le Testament per aes et libram et la Mancipatio Familiae	143
Section IV. — Le Testament en droit musulman.	151
§ 1. Testament oral.	152
§ 2. Testament par acte public	153
§ 3. Testament secret	155
CHAP. II. — Règles de fonds en matière testamentaire.	158
Section I. — Testamenti factio active	160
Section II. — Testamenti factio passive	167
§ 1. Droit musulman.	167
§ 2. Droit romain	170
Section III. — Révocation, caducité et nullité des tes- taments	173
§ 1. Droit musulman	173
§ 2. Droit romain	176
CHAP. III. — Le Houbous ou El-vakf	179
CONCLUSION GÉNÉRALE.	193
BIBLIOGRAPHIE	195
TABLE DES MATIÈRES	197

LA ROCHE-SUR-YON
IMPRIMERIE CENTRALE DE L'OUEST
56-60, RUE MARÉCHAL-PÉTAİN, 56-60
